



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**La aplicación de la función dikelógica del recurso de
casación en el proceso contencioso administrativo**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia
Política

AUTOR

Luis Arnaldo CHAVARRÍA LOLI

ASESOR

Dr. Carlos Antonio PÉREZ RÍOS

Lima, Perú

2015



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Chavarría, L. (2015). *La aplicación de la función dikelógica del recurso de casación en el proceso contencioso administrativo*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política. Unidad de Posgrado, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

Hoja de metadatos complementarios

| | |
|--|--|
| Código ORCID del asesor (es) | 0000-0001-7913-0315 Carlos Antonio Pérez Ríos |
| Autor DNI (Obligatorio) | 09675842 |
| Pasaporte /carnet de extranjería (sólo extranjeros) | |
| Asesor DNI (Obligatorio) | 07526100 |
| Código ORCID del autor | Luis Arnaldo Chavarría Loli |
| Grupo de investigación | No aplica |
| Financiamiento | Total por el autor |
| Ubicación geográfica donde se desarrolló la investigación (incluirse localidades y/o coordenadas geográficas). | La investigación se desarrolló en materia contenciosa administrativa - La Aplicación de la Función Dikelógica del Recurso de Casación en el Proceso Contencioso Administrativo – analizando diversas sentencias emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, a nivel nacional. |
| Año o rango de años que la investigación abarcó. | La investigación y el recaudo de información se desarrollaron en los años 2013 al 2015. |

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Fundada en 1551

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Unidad de Post Grado



ACTA DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

En la ciudad de Lima, al primer día del mes de junio del año dos mil quince, siendo las catorce horas, bajo la Presidencia del Dr. Jorge Isaac Carrión Lugo, y con la asistencia de los Profesores: Dr. Anibal Torres Vásquez, Dr. José Antonio Silva Vallejo, Dr. Carlos Antonio Pérez Ríos, Dr. Eliseo Giammpol Taboada Pilco y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Luis Arnaldo CHAVARRÍA LOLI**, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: **"LA APLICACIÓN DE LA FUNCIÓN DIKELÓGICA DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO"**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Buena con nota 16

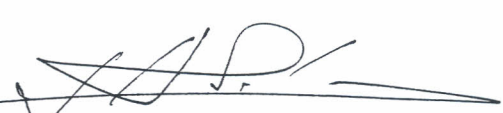
A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al **Mg. Luis Arnaldo CHAVARRÍA LOLI**.

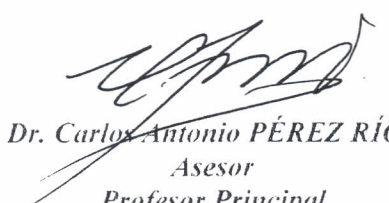
Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las quince horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.

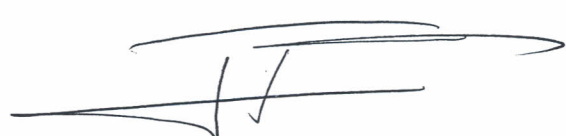

Dr. Jorge Isaac CARRIÓN LUGO
Presidente

Jurado Informante
Profesor Principal


Dr. Anibal TORRES VÁSQUEZ
Miembro
Profesor Principal


Dr. José Antonio SILVA VALLEJO
Jurado Informante
Profesor Principal


Dr. Carlos Antonio PÉREZ RÍOS
Asesor
Profesor Principal


Dr. Eliseo Giammpol TABOADA PILCO
Miembro
Profesor Contratado

El Secretario de la Unidad de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que suscribe: CERTIFICA: Que la presente fotocopia es idéntica a su original que obra en los archivos de ésta Unidad, el cual he tenido a la vista, de lo cual doy fe. 29 SET. 2015



A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Jesus Mori Condori".

Jesús MORI CONDORI
SECRETARIO

***Dedicado
a mis señores padres
Alcibiades Chavarría Gambini y
Susy Loli Dulanto, por su cariño
y constante apoyo;
así como para mí ahijada Devikita***

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE PLANEAMIENTO METODOLÓGICO

| | |
|--|-----------|
| 1. Planteamiento del Problema | |
| 1.1. Diagnóstico Situacional..... | 12 |
| 1.2. Preguntas de Investigación..... | 13 |
| 1.3. Objetivos de la Investigación..... | 13 |
| 1.4. Justificación de la Investigación..... | 14 |
| 1.5. Viabilidad de la Investigación..... | 15 |
| 1.6. Delimitación del Problema de Investigación..... | 16 |
| 2. Marco Teórico | |
| 2.1. Referencias históricas..... | 17 |
| 2.2. Marco Teórico propiamente dicho..... | 18 |
| 2.3. Marco Conceptual..... | 21 |
| 3. Formulación de Hipótesis, variables e indicadores..... | 36 |
| 4. Operacionalización de variables..... | 37 |
| 5. Descripción del Método y tipo de Investigación..... | 38 |
| 5.1. Método..... | 38 |
| 5.2. Tipo de investigación..... | 38 |
| 6. Unidad de análisis. Universo..... | 38 |
| 7. Técnicas de Investigación..... | 39 |

SEGUNDA PARTE
DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO I
EL RECURSO DE CASACIÓN

| | |
|--|-----------|
| 1. Origen y Evolución | 40 |
| 1.1. El Recurso de casación en Francia a partir de la | |
| Revolución..... | 42 |
| 2. Concepto..... | 46 |
| 3. Funciones | |
| 3.1. Nomofiláctica..... | 49 |
| 3.2. Uniformadora de la jurisprudencia..... | 51 |
| 3.3. Dikelógica (justicia en el casco concreto)..... | 54 |
| 3.4. Control de logicidad de las Resoluciones Judiciales..... | 54 |
| 3.5. Pedagógica..... | 55 |
| 4. Rasgos Sustanciales de la Institución | |
| 4.1. Es un medio impugnatorio..... | 56 |
| 4.2. Extraordinario..... | 57 |
| 4.3. Público..... | 58 |
| 4.4. Limitado..... | 59 |
| 4.5. Formal..... | 60 |
| 4.6. Especial..... | 60 |
| 5. Diferencias con el Recurso de Nulidad y Acción de Revisión | |
| 5.1. Recurso de Nulidad..... | 61 |
| 5.2. Acción de Revisión..... | 62 |
| 6. Sistemas de Casación | |
| 6.1. Italia..... | 64 |
| 6.2. España..... | 65 |
| 6.3. Francia..... | 69 |
| 6.4. Alemania..... | 71 |

CAPÍTULO II
ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DEL
RECURSO DE CASACIÓN

| | |
|--|----|
| 1. Los Medios de Impugnación..... | 73 |
| 2. Requisitos del Recurso de Casación..... | 76 |
| 3. Efectos del Recurso de Casación..... | 78 |

CAPÍTULO III
LOS MOTIVOS DE CASACIÓN

| | |
|--|----|
| 1. Errores “in procedendo”..... | 82 |
| 2. Errores “in iudicando”..... | 84 |
| 3. Limitaciones en la Casación | 85 |
| 3.1. El principio “Iura Novit Curia” | 87 |
| 4. La Casación en interés de la Ley..... | 90 |
| 5. La Casación por salto..... | 91 |

CAPÍTULO IV
LOS HECHOS

| | |
|--|-----|
| 1. Hecho jurídico | |
| 1.1. Definición de hecho jurídico..... | 92 |
| 1.2. El presupuesto de hecho..... | 94 |
| 1.3. La consecuencia jurídica..... | 95 |
| 1.4. El nexo jurídico..... | 96 |
| 2. Clasificación de los hechos jurídicos | |
| 2.1. Hechos jurídicos naturales..... | 97 |
| 2.2. Hechos jurídicos humanos..... | 97 |
| 3. Acto jurídico | |
| 3.1. Definición..... | 101 |
| 3.2. Efectos..... | 102 |

| | |
|--|-----|
| 3.3. Diferencia con el negocio jurídico..... | 103 |
|--|-----|

CAPITULO V

EL HECHO Y EL DERECHO

| | |
|---|-----|
| 1. Distinción entre hecho y derecho en Casación..... | 107 |
| 1.1. Teoría Tridimensional del Derecho..... | 111 |
| 2. La Doctrina de la arbitrariedad y el absurdo | |
| 2.1. La arbitrariedad..... | 114 |
| 2.2. Manifestaciones de la arbitrariedad..... | 115 |
| 2.3. El absurdo..... | 117 |
| 3. Doctrina sobre el control casatorio de los hechos y la valoración de los medios probatorios..... | 119 |
| 3.1. Doctrina sobre el control casatorio en la determinación, apreciación o interpretación y calificación jurídica de los hechos..... | 123 |
| 3.2. Doctrina sobre el control casatorio en la valoración de los medios probatorios..... | 128 |
| 4. La Casación como tercera instancia..... | 132 |
| 4.1. Origen del problema de identidad de la Corte de Casación..... | 135 |

CAPÍTULO VI

LA PRUEBA

| | |
|---|-----|
| 1. Principios generales de la prueba..... | 140 |
| 2. Los sistemas probatorios..... | 145 |
| 3. El objeto de la prueba..... | 148 |
| 4. Los hechos y la prueba..... | 150 |
| 5. Los hechos exentos de la prueba..... | 156 |
| 6. Situaciones subjetivas que eximen de probar..... | 160 |
| 7. Valoración de la prueba..... | 162 |

CAPÍTULO VII
LA CASACIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

| | |
|--|------------|
| 1. El Proceso Contencioso Administrativo | 166 |
| 2. El Recurso de Casación conforme al Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 | 169 |
| 2.1. Aplicación supletoria del Código Procesal Civil | |
| 2.1.1. Fines del Recurso de Casación..... | 173 |
| 2.1.2. Causales del Recurso de Casación..... | 178 |
| 2.1.3. Requisitos de Admisibilidad..... | 189 |
| 2.1.4. Requisitos de Procedencia..... | 192 |
| 2.1.5. Procedencia Excepcional del Recurso de Casación..... | 194 |

CAPÍTULO VIII
LA CASACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

| | |
|--|------------|
| 1. Legislación Comparada sobre el Recurso de Casación | |
| 1.1. Colombia..... | 196 |
| 1.2. Uruguay..... | 197 |
| 1.3. Bolivia..... | 197 |
| 1.4. Ecuador..... | 198 |

CAPÍTULO IX
ANÁLISIS E INTERPERTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

| | |
|--|------------|
| 1. Algunas precisiones antes de analizar la jurisprudencia..... | 200 |
| 2. Resoluciones emitidas con aplicación de la causal creada por ficción jurídica, denominada contravención de forma excepcional | 202 |
| 3. Resoluciones emitidas con aplicación del artículo 392°-A del Código Procesal Civil incorporado por la Ley N° 29364..... | 217 |

CAPÍTULO X
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

| | |
|--------------------------------|------------|
| 1. Conclusiones..... | 254 |
| 2. Recomendaciones..... | 259 |

ANEXOS DE FORMULACIÓN DOCUMENTAL:

| | |
|--|------------|
| 1. Proyecto de Ley..... | 262 |
| 2. Resoluciones judiciales..... | 266 |

| | |
|--------------------------|------------|
| Bibliografía..... | 267 |
|--------------------------|------------|

INTRODUCCIÓN

El Recurso de Casación, pese a no ser un recurso muy antiguo en nuestro ordenamiento jurídico procesal, pues, recién fue incorporado en 1993 con la publicación del Código Procesal Civil el 22 de abril de 1993, tiene el mérito de ser el recurso que más pone a prueba los conocimientos jurídicos tanto de los magistrados como de los abogados patrocinantes.

En el presente trabajo se aborda desde una perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial, la posible aplicación de la función Dikelógica del Recurso de Casación, esto es, el control de hechos y de la valoración de los medios probatorios en sede casatoria, dirigida a la realización de la justicia del caso concreto.

Que, si bien es cierto, no está regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 ni por el Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, de aplicación supletoria; también es cierto, que a través de la propia jurisprudencia de la Corte Suprema se viene aplicando; por lo que, es necesario analizar la posibilidad de su regulación en nuestro ordenamiento procesal.

No se trata de desvirtuar el modelo tradicional de casación basado en la función Nomofiláctica y Uniformadora de la jurisprudencia, sino de mantenerlo vigente; asimismo se plantean criterios para su adecuada aplicación.

Cabe precisar, que este trabajo de investigación presenta un análisis doctrinario detallado del Recurso de Casación, especialmente de la función Dikelógica, así como el panorama actual de este medio impugnatorio, contiene propuestas de solución ante los problemas antes descritos. Espero que el presente trabajo constituya un nuevo material de consulta para la mejor comprensión, y perfeccionamiento del Recurso de Casación en lo Contencioso Administrativo.

Finalmente, debo manifestar que tal vez las ideas del presente trabajo sean incompatibles con la idea que se tiene comúnmente sobre el Recurso de Casación, lo que va a generar un enfrentamiento con una parte de la doctrina y la jurisprudencia; sin embargo, se asume el reto y sus consecuencias, conocedor de la polémica que existe en cuanto a que la Corte Suprema pueda reexaminar los hechos y pruebas aportados al proceso.

PRIMERA PARTE

PLANEAMIENTO METODOLÓGICO

1. Planteamiento del Problema

1.1. Diagnóstico Situacional.

Existe un conflicto entre la norma jurídica y la realidad, toda vez que, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 (en adelante T.U.O. de la Ley N° 27584) y el Código Procesal Civil de aplicación supletoria, solo regulan la función Nomofiláctica del Recurso de Casación, conforme a los citados cuerpos normativos esta función tiene por fin que se aplique adecuadamente el derecho objetivo a cada caso concreto y busca que la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema sea uniforme, donde la actividad casatoria tiene que circunscribirse solo a los fundamentos expuestos por el recurrente, los que deben estar específicamente previstos por la ley, no pudiendo, por tal motivo, reexaminarse todo el proceso para encontrar oficiosamente el error, como por ejemplo normas no denunciadas, y menos cambiar los fundamentos del recurso planteado; más no la función Dikelógica que permite conocer cuestiones relativas a hechos o apreciación de prueba.

Sin embargo, la realidad, nos demuestra que existe jurisprudencia expedida por la Corte Suprema, donde se aplica la función Dikelógica con el fin de alcanzar la justicia al caso concreto, específicamente cuando se detecta que los jueces de primera y segunda instancia han resuelto bajo conclusiones absurdas y, por tanto, arbitrarias al haber incurrido en error al fijar, apreciar o calificar jurídicamente los hechos o al momento de valorar los medios probatorios.

Lo señalado me permite establecer que es un problema para el Derecho, ya que se está aplicando la anotada función sin encontrarse regulada en el T.U.O. de la Ley N° 27584, el Código Procesal Civil, la Constitución Política

del Perú ni la Ley Orgánica del Poder Judicial, en contraposición a la función Nomofiláctica.

1.2. Preguntas de Investigación.

1.2.1. Pregunta General

¿Por qué se aplica la función Dikelógica del Recurso de Casación, en el Proceso Contencioso Administrativo?

1.2.2. Preguntas Específicas

¿Cómo se relacionan las conclusiones absurdas o arbitrarias de los jueces de mérito al sentenciar con la aplicación de la función Dikelógica del Recurso de Casación en el Proceso Contencioso Administrativo?

¿De qué manera el error en la fijación, apreciación o calificación jurídica del hecho, y en la valoración de las pruebas en que incurren los jueces de mérito, se relacionan con la aplicación de la función Dikelógica del Recurso de Casación en el Proceso Contencioso Administrativo?

1.3. Objetivos de la Investigación.

1.3.1. Objetivo General: Determinar los motivos que existen para aplicar la función Dikelógica del Recurso de Casación en el Proceso Contencioso Administrativo.

1.3.2. Objetivos Específicos: Determinar la relación que existe entre las conclusiones absurdas y por tanto arbitrarias que realizan los jueces de mérito al sentenciar, y la aplicación de la función Dikelógica del Recurso de Casación en el Proceso Contencioso Administrativo.

Determinar y conocer la relación del error en la fijación, apreciación o calificación jurídica de los hechos, o en la valoración de los medios probatorios con la aplicación de la función Dikelógica del Recurso de Casación en el Proceso Contencioso Administrativo.

1.4. Justificación de la Investigación.

El T.U.O. de la Ley N° 27584 y el Código Procesal Civil, solo regulan la aplicación de la función Nomofiláctica del Recurso de Casación (artículos 384°¹ al 399°) más no la anotada función Dikelógica, que tiende a la valoración de los hechos como medio de obtención del valor justicia; sin embargo, en la práctica vía jurisprudencial se aplica. Lo expuesto genera los siguientes problemas:

a) Desde el punto de vista doctrinal: La sola aplicación de la función Nomofiláctica (que se aplique adecuadamente el derecho objetivo a cada caso concreto) y que la jurisprudencia sea uniforme, nos aparta de la Teoría Tridimensional del Derecho, que establece que los elementos o factores (hecho, valor y Norma) no existen separados uno del otro, sino que coexisten en una unidad concreta como los elementos de un proceso. Además, no se cumple con lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues, estaría dejando de lado la finalidad abstracta de todo proceso (la paz social en Justicia), transgrediendo por tanto este principio procesal, que como se sabe, junto con los demás principios procesales contenidos en el Título Preliminar, sirven de orientación para la estructuración de las normas contenidas en este cuerpo legal y que sirven para la correcta interpretación y aplicación de los mismos.

Debe entenderse por *Principio*, la base, el fundamento, la razón fundamental, sobre la cual se organiza una institución y esta ejerce sus funciones.

b) En la práctica, la Corte Suprema en algunos casos revisa los hechos y pruebas aportados al proceso antes de expedir sentencia, es decir, aplica la función Dikelógica, y en otras no; no habiéndose establecido criterios directrices para su aplicación.

¹ Código Procesal Civil vigente (modificada por la Ley 29364, publicada el 28 de mayo de 2009), artículo 384°: “El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia”.

c) Determinar si es posible alcanzar el fin abstracto de todo proceso judicial, esto es, la paz social en justicia, solo con la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, dejando de lado la valoración de hechos y pruebas.

El presente trabajo de investigación es importante porque pretende identificar cuál o cuáles son los argumentos jurídicos, por los que, la Corte Suprema aplica la función Dikelógica pese a no estar regulado en nuestro ordenamiento procesal.

1.4.1. Conveniencia: La investigación que se presenta es necesaria y útil, por cuanto está destinada a establecer si dicha función debe ser incorporada en el ordenamiento jurídico procesal, o solo ser regulada jurisprudencialmente.

Es asimismo trascendente, ya que el cambio normativo a proponerse tiene por finalidad un mejor entendimiento de los requisitos y características especiales del Recurso de Casación.

1.4.2. Relevancia Social: Proponer alternativas de solución viables en cuanto a la aplicación de la función Dikelógica, que permitan mejorar el sistema de administración de justicia, a favor de los justiciables.

1.4.3. Aporte teórico: En cuanto al aporte teórico, la presente investigación, va a permitir un mejor entendimiento de las características de la función Dikelógica, y si es factible su aplicación, sin colisionar con nuestro ordenamiento procesal vigente.

1.5. Viabilidad de la Investigación.

1.5.1. Recursos humanos: Es necesario el apoyo de dos personas, uno administrativo y el otro abogado.

1.5.2. Recursos financieros: Presupuesto estimado: S/1, 500 (mil quinientos nuevos soles).

1.5.3. Recursos materiales: Tinta, hojas, resaltadores, fotocopias, etc., y costos por transporte para recolección de datos, coordinaciones telefónicas, y demás (no incluye costo de horas /hombre).

1.5.4. Limitaciones: En cuanto a las limitaciones que se presentaron, cabe destacar primero la de tiempo por el horario de trabajo, ya que uno ingresa a laborar a una hora determinada (8:00 a.m.) pero por lo general no tiene un horario de salida fijo; y segundo la falta de capacidad económica para contratar a una persona que pudiese ir a las bibliotecas a buscar la bibliografía pertinente, comprar libros o sacar las copias necesarias.

1.6. Delimitación del Problema de Investigación.

1.6.1. Delimitación territorial: Se limita a la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.

1.6.2. Delimitación temporal: Es materia de análisis el T.U.O. de la Ley N° 27584 y el Código Procesal Civil de aplicación supletoria, modificado por la Ley N° 29364 promulgada el 28 de mayo de 2009.

1.6.3. Delimitación conceptual: Esta tesis desarrolla los conceptos sobre función Nomofiláctica, Uniformadora de la jurisprudencia y Dikelógica del Recurso de Casación, así como la Teoría del Absurdo y la arbitrariedad.

1.6.4. Delimitación social: Es a nivel nacional, ya que la competencia de la Corte Suprema está prevista así, por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Marco Teórico

2.1. Referencias históricas.

El problema planteado, nos remite obligatoriamente a la **Teoría Pura del Derecho**, para poder establecer si Derecho y Justicia tienen un contrasentido o no, es decir, si hecho, valor y norma, pueden existir por separado o si coexisten como una unidad concreta.

Al respecto, HANS KELSEN² señala: *“(...) Sin duda, el derecho positivo puede en ciertos casos autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica, adquiere por tal circunstancia el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso, el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo... Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o inconstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho... Además, la idea de justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro,*

² KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Ediciones “Wisla”. Lima; pp. 42-44.

de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito (...)".

2.2. Marco Teórico propiamente dicho.

Función Dikelógica:

El profesor CARRIÓN LUGO³ escribe al respecto: "*(...) En la práctica, en nuestro país, el resultado de la actividad casatoria, que se concretiza en las decisiones que se vienen publicando en el Diario Oficial –El Peruano –, que en su mayoría se refieren a errores de orden procesal y en menor número se relacionan al derecho sustantivo, substancialmente no se diferencia del resultado de la actividad que se desarrollaba tratándose del recurso de nulidad. En efecto, cuando se emitían resoluciones en vía de recurso de nulidad (Hoy en día todavía se vienen emitiendo algunas decisiones de este orden en los asuntos que se tramitan conforme al Código de procedimientos Civiles), encontrábamos decisiones que anulaban actuados judiciales o que se pronunciaban sobre el fondo del asunto, amparando o desamparando la demanda. En casación, igualmente, encontramos decisiones que anulan actuados judiciales o resoluciones que se pronuncian sobre el fondo de la controversia, amparando o desamparando la demanda. En esa situación, los usuarios del servicio judicial, los señores abogados, los propios jueces de instancia y todos los que tienen que ver con la administración de justicia, no perciben ni sienten el cambio que se propusieron, los que bregaron por la implantación del recurso de casación; pareciera que se estuviera en la misma rutina del recurso de nulidad, sin mayor variación (...)*".

De lo expuesto anteriormente, se puede advertir que la Corte de Casación revisa los hechos para poder expedir sentencia convirtiéndola en

³ Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses, Selección de Temas- El Recurso de Casación, Año III Nro. 6 CARRION LUGO, Jorge. *¿El Recurso de Casación ha mejorado la Administración de Justicia en el Perú?*

una tercera instancia, aunque nuestro ordenamiento jurídico procesal no lo autoriza.

El autor CALDERÓN PUERTAS⁴ señala al respecto: *“Tradicionalmente se ha señalado como fines de la casación: el nomofiláctico (cuidado de vigencia de ordenamiento legal) y la necesidad de uniformizar la jurisprudencia por la previsibilidad de los fallos judiciales. En la actualidad se viene hablando del fin dikelógico (la llamada justicia en el caso concreto), la motivación de las resoluciones judiciales y la función pedagógica (...) se desprende que nuestros legisladores no descartan el llamado fin dikelógico. En efecto, el uso del término – fines esenciales- permite colegir la existencia de otras consideraciones entre las cuales puede hallar cabida la justicia del caso concreto. Es verdad que nuestro Código, a diferencia, por ejemplo, del texto Colombiano, no lo ha establecido como uno de sus fines primordiales, pero ello no es óbice para descartarlo (...) Este es un fin que todo Juez en cualquiera de sus actos debe respetar. De la lectura del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, llave de todo nuestro ordenamiento procesal, se desprende que la finalidad concreta de todo proceso consiste en hacer efectivos los derechos sustanciales acabar con un conflicto de intereses de las partes, eso es la justicia en el caso concreto, justicia que se obtiene no necesariamente en la casación, sino con una simple sentencia o un auto o en general con cualquier tipo de acto procesal realizado por el Juez (...)”*.

HITTERS⁵ expresa: *“que el Tribunal de Casación debe asimilar este fin, lo que no significa para él, que deba convertirse en tercera instancia, primero porque la casación sólo procede por motivos específicos; segundo, porque la casación no juzga de nuevo sino controla lo decidido; tercero, porque en casación no se puede invocar hechos nuevos ni tampoco pruebas*

⁴ Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses, Selección de Temas- El Recurso de Casación, Año III Nro. 6 CALDERON PUERTAS, Carlos. *Los Fines de la Casación*.

⁵ HITTERS, Juan Carlos. *Técnicas de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*. Librería Editorial Platense SRL., La Plata, 1991. p. 133.

posteriores. Termina señalando que el Tribunal Casatorio deberá aplicar el fin dialéctico de manera armoniosa y coordinada con los otros”.

Cabe preguntarnos remitiéndonos a la Teoría General del Derecho, si la sola aplicación objetiva del derecho, dejando de lado la valoración de los hechos, nos conduce a la *Justicia*, fin determinado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Función Nomofiláctica:

Por otro lado, están los tratadistas que defienden la función Nomofiláctica, señalando que si se revisan los hechos en sede casatoria, tendríamos que hablar de una *tercera instancia*.

REAÑO ASPILCUETA⁶ expresa: “(...) Esta finalidad es lo que la doctrina ha denominado función Nomofiláctica, que consiste en el control jerárquico, al anular aquellas sentencias que contradicen el derecho objetivo. Es decir, la Corte Suprema se aprovecha de la iniciativa privada para vigilar y fiscalizar la observancia de las leyes por parte de los tribunales, a efectos de que prevalezca la ley. Con la nomofilia, se asegura que la justicia sea igual para todos; que las leyes no caigan en desuso; que no se desnaturalicen por erradas interpretaciones, y que el alto Cuerpo que está al frente de la Magistratura, tenga este medio de inspección muy adecuado para rectificar errores”.

ROCCO UGO⁷ destaca que: “El recurso de casación implica un nuevo examen de la controversia objeto de la decisión del Juez de apelación, pero no con una jurisdicción plena, acerca del examen y del juicio sobre el hecho y sobre el derecho, como puede ser la del órgano de segundo grado, sino con jurisdicción limitada sólo a las cuestiones de derecho”.

⁶ REAÑO AZPILCUETA, Rafael. *La Casación*. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1998; pp.269; p.98

⁷ ROCCO UGO. *Tratado de Derecho Procesal Civil Proceso de Cognición*, p. 391.

VILLALOBOS CABALLERO⁸ establece que: *“la jurisdicción de la Corte Suprema se encuentra limitada a conocer el derecho. En esta instancia - pues para él constituye una tercera instancia, no se deberán admitir pruebas, salvo para acreditar la existencia de la doctrina jurisprudencial, o la ley extranjera y su sentido, en los procesos sobre derecho internacional privado. Pese a lo sustentado anteriormente el citado autor, en su obra **La Casación en el Código Procesal Civil de 1993**, establece dentro de sus sugerencias y haciendo mención del Maestro Español Serra Domínguez, en el Primer Congreso de Derecho Procesal Civil, realizado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, que en el mundo ya no existe el sistema de la casación pura, y que la Corte de Casación debe abocarse también al control de los hechos, pero de manera restringida. Señala además, que si bien la Casación fue una institución de origen político para el control de la ley **bouche de la loi**; el Juez boca de la ley en su discurrir ha evolucionado y como nuevos son sus retos nuevas son sus soluciones, no pudiendo por posiciones dogmáticas limitarse sólo al control del Derecho (...)”*.

PIERO CALAMANDREI⁹ establece: *“(...) La existencia de la Corte de Casación con esta función constitucional de nomofilaquia es, por lo demás, la mejor refutación que un ordenamiento positivo puede contraponer al reciente movimiento doctrinal en favor del llamado “derecho libre”, cuyos secuaces consideran que la jurisdicción es ya en la práctica, y debe convertirse cada vez más, por medio de reforma, en una verdadera y propia creación del derecho objetivo por obra del juez (...)”*.

2.3. Marco Conceptual.

2.3.1. Antecedentes de la Investigación

Efectuada la búsqueda exhaustiva de otras tesis que hayan desarrollado el problema planteado en el presente trabajo de investigación,

⁸ VILLALOBOS CABALLERO, Andrés. *La Casación en el Código Procesal Civil de 1993*. Reditorial Imprenta SRL, Lima, 1996; pp. 290-293.

⁹ CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945; T. II. Bosquejo General del Instituto; pp. 513; p.63

no se ha encontrado antecedente alguno, por lo que, tiene el carácter de inédito.

2.3.2. Fundamentos teóricos: Revisión de hechos y pruebas en el Recurso de Casación

La Función Dikelógica:

Existe una corriente doctrinaria que propicia la necesidad de que el Recurso extraordinario de Casación tenga también por finalidad el lograr la justicia en el caso concreto, procurando la protección del litigante. Se dice que si la finalidad abstracta y sublime de todo proceso judicial es lograr la paz social en justicia, con igual razón se debe sostener que dicho recurso tiene esa misma finalidad.

La corriente doctrinaria que promueve que con el Recurso de Casación también se puedan controlar los hechos aportados al proceso, así como, la valorización de los medios probatorios, tiene como objetivo lograr la justicia del caso concreto, esto ocurrirá cuando las instancias inferiores hayan incurrido en error al momento de fijar los hechos, en su apreciación y en la calificación jurídica de los mismos, o cuando se haya producido violación de las reglas señaladas por el ordenamiento procesal en la actuación de los medios probatorios y en la determinación del contenido de los mismos.

Doctrina sobre el control casatorio de los hechos y la valoración de los medios probatorios.

Esta corriente doctrinaria, establece que el control de los hechos que conforman la relación material de la controversia y de la valoración de los medios probatorios, constituye una orientación dirigida a la realización de la justicia del caso concreto, en contraposición de la tendencia que concibe al recurso como un instrumento perfecto para controlar la legitimidad de las normas aplicadas en la solución de conflictos y lograr de ese modo la uniformidad jurisprudencial, bajo esta tendencia todas estas finalidades o

funciones son perfectamente posibles, tangibles y compatibles. De ahí que hay autores que defienden el sistema casatorio puro u ortodoxo y otros que propician el sistema casatorio denominado híbrido, impuro o bastardo.

Cabe anotar, que el Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364 regula el sistema puro, sin embargo, a través de la jurisprudencia el medio impugnatorio en estudio se viene orientando al sistema impuro.

La revisión de los hechos en general, en los ordenamientos que lo admiten, se sustenta en que en la realidad con frecuencia se presentan supuestos en los cuales el Juzgador incurre en los siguientes errores:

- a) Sobre la determinación o fijación de los hechos,
- b) Sobre la apreciación o interpretación de los hechos,
- c) sobre la calificación jurídica de los hechos; o
- d) Sobre la apreciación o evaluación de los medios probatorios actuados utilizados para acreditar los hechos.

En relación a los errores vinculados a los hechos y a la evaluación de los medios probatorios se ha desarrollado la “Teoría del Absurdo”.

Cabe destacar, que el control casatorio de los hechos y de la evaluación probatoria es difícil y complejo, en materia litigiosa los hechos y el derecho son elementos inseparables.

En los procesos, es evidente, puede incurrirse en errores de derecho y en errores de hecho; si concebimos los hechos como realidades externas (como la ubicación de una cosa, la descripción de un objeto, etc.) o internas (como el estado mental de una persona, el sentimiento de un hombre, etc.), el error de hecho lo conceptuamos como una falsa o desacertada descripción de él. El error de derecho, genéricamente, consiste en la aplicación equivocada de la norma jurídica a los hechos, equivocación que puede derivarse de la aplicación de una norma impertinente, de la errónea

interpretación de la misma o de su no aplicación, lo que genera infracción normativa.

HITTERS ¹⁰ respecto a la exclusión de la casación de temas referidos a la fijación de los hechos litigiosos y a la valoración probatoria, dice:

"No obstante, la fría regla expuesta alude a la regla fijada como principio por las Supremas Cortes de Buenos Aires y otras provincias de la Argentina, de que los Jueces de grado son soberanos en la fijación de los hechos litigiosos y en la valoración de las pruebas, las que están excluidas del control casatorio admite importantes excepciones, con lo que se demuestra el disimulado afán de la Corte [se refiere especialmente a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires] de no desentenderse del todo de las cuestiones de hecho, ya que éstos en definitiva gobiernan la aplicación del derecho, y si los cimientos están mal, seguramente el edificio que se apoye en ellos padecerá del mismo defecto".

Para entender la Teoría del Absurdo, se presentan algunos supuestos en los cuales encontramos una errada fijación o precisión de hechos, valoraciones probatorias absurdas o contrarias a la razón, conclusiones ilógicas derivadas de tales errores, etc., que llevan a calificar las decisiones judiciales que contienen errores de ese tipo como arbitrarias. Se proponen los siguientes casos: 1) Supongamos que en una resolución judicial se sostenga como probado que determinados testigos de un accidente de tránsito no estuvieron presentes durante la producción del evento dañoso, no atribuyéndoles por tanto valor alguno a sus versiones dadas en sus declaraciones, no obstante que tales testigos en sus declaraciones prestadas precisan haber estado presentes en el accidente, corroborándose esa versión incluso con lo que aparece en el atestado policial respectivo, en este caso, se advierte una errada apreciación y fijación de los hechos, derivada tal vez de una equivocada valoración probatoria. 2) Supongamos, que en un dictamen pericial producido dentro del proceso sus autores hayan

¹⁰ HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*. Librería Editora Platense, La Plata, 1991, p. 340.

concluido en el sentido de que la firma del "suscribiente" de un documento ha sido falsificado y, no obstante ello, el Juez en su sentencia consigna que en el proceso no se ha acreditado que dicha firma ha sido falsificada, este error puede derivarse de una deficiente evaluación de la prueba pericial, que ha conducido a una errada fijación de un hecho, y 3) En el supuesto, que el Juzgador, luego de analizar las pruebas, determina que el actor, por ejemplo, en un proceso de desalojo por ocupación precaria, ha probado la alegada propiedad sobre el bien materia del proceso y, no obstante ello, incongruentemente, declara infundada la demanda sosteniendo que el demandante no ha acreditado el dominio sobre el predio, este error puede derivarse de una deficiente apreciación de la prueba, que a su vez lo ha conducido a un razonamiento ilógico.

De lo expuesto precedentemente, se puede concluir que las incongruencias constituyen contravenciones de las reglas del buen razonamiento, de las leyes de la lógica, del propio sentido común; sin embargo, se puede presentar el caso que, no obstante la correcta apreciación de los hechos o la eficiente valoración de los medios probatorios utilizados para probar esos hechos, efectuada por el Juez, este no llega al convencimiento sobre la veracidad de los hechos en los términos alegados.

En estos casos, y como se mencionó anteriormente, el efecto del absurdo debe ser, inaceptable, intolerable, inadmisibles racionalmente y de trascendencia en la decisión emitida por el órgano judicial; la Sala de Casación, deberá demostrar técnicamente al calificar una resolución si esta contiene o no un vicio derivado del absurdo vinculado a los hechos y a los medios probatorios.

En nuestro ordenamiento procesal, la denuncia casatoria en materia de fijación y apreciación de los hechos y en materia de valoración probatoria se viene canalizando, jurisprudencialmente, dentro del marco de los errores in procedendo, en el entendido que se está frente a la violación de reglas de orden procesal destinadas a señalar el modo de comportamiento del Juez en

la tramitación del proceso; por lo que, si se declara fundado el recurso, se procede al reenvío.

Hay resistencia para canalizar dichas denuncias como errores in iudicando, así los recurrentes aleguen que se está frente a una violación indirecta de la norma material, argumentándose para denegar que el petitorio en el fondo, persigue un reexamen de los hechos controvertidos o la revalorización de los medios probatorios.

Cabe destacar, que la Teoría del Absurdo también está relacionada con la arbitrariedad, hay autores que señalan como decisiones arbitrarias, aquellas que se apartan de la solución prevista por la ley o cuando en ellas se constata evidente falta de fundamentación o cuando en ellas el Juez deliberadamente prescinde de pruebas esenciales obrantes en el proceso, etc.; en los indicados supuestos y en otros análogos, tenemos la presencia del absurdo, de contenidos contrarios a la razón, que conducen naturalmente a la arbitrariedad, se considera por tanto a la arbitrariedad como efecto del absurdo, donde la absurda valoración probatoria conduce inequívocamente a una decisión judicial arbitraria.

En nuestro país no se presentan denuncias casatorias expresamente basadas en la arbitrariedad; sin embargo, las que se sustentan en el absurdo, especialmente en la determinación de los hechos y en la evaluación probatoria, implícitamente alegan la arbitrariedad cuando describen el agravio que dicen les causa la resolución que impugnan.

Doctrina sobre el control casatorio de la determinación, apreciación o interpretación y calificación jurídica de los hechos.

Está referida a la tarea que tiene el Juzgador de determinar los hechos aportados al proceso utilizando los medios probatorios, luego a la apreciación e interpretación que debe hacer de ellos y, posteriormente, a la calificación jurídica que hace de los mismos, tareas que hace casi en un mismo acto. Se dice que todo lo relativo a los hechos corresponde a los

jueces de mérito y no a la Corte de casación, dada la función Nomofiláctica del recurso de casación y que además no permitiría uniformizar la jurisprudencia.

Esta tendencia ante lo dicho en el párrafo anterior propone, la aplicación de la función Dikelógica de la casación, en la que el control fáctico es indispensable para lograr enmendar el absurdo y para llegar a la justicia del caso concreto.

Nuestro ordenamiento procesal, si bien se rige por la casación pura, viene a través de la jurisprudencia, estableciendo que los hechos no pueden ser descartados de modo absoluto del recurso de casación.

Corresponde entonces, determinar cómo distinguir el error de hecho del error de derecho; el primero consiste en una falsa narración de un acontecimiento o en una falsa descripción de un acto, o en una equivocada percepción de una cosa, que puede conducir a incurrir en un error de orden jurídico; mientras que el error de derecho puede consistir, por ejemplo, en la errada subsunción de esos hechos en una norma jurídica. Debemos tener presente que lo que se prueba en un proceso son los enunciados sobre los hechos, de modo que cuando decimos que determinado enunciado fáctico está acreditado, significa que el hecho descrito por la parte litigante ha ocurrido como tal.

En este caso, los hechos pueden ser de naturaleza externa, de naturaleza interna y juicios de valor. Los hechos externos son sucesos, que se producen en la realidad, unos ocurridos con la intervención humana (el robo de un vehículo, la suscripción de un contrato de compraventa, un homicidio) y otros sin ella (el nacimiento de una persona natural, su muerte, la ubicación de una cosa material). Los hechos internos o psicológicos describen estados mentales de una persona, intenciones del sujeto, finalidad de la conducta observada o conocimientos. Finalmente hay hechos que contienen juicios de valor, es decir, comprenden calificaciones de conductas

o interpretaciones del estado de las cosas. La mayoría de los hechos relevantes jurídicamente son los externos.

En materia jurídica, la observación mediante los sentidos, es la fuente esencial del conocimiento por parte del juzgador de los hechos descritos y afirmados por los litigantes, sin embargo, hay otras formas de conocer los hechos como el basado en una inferencia deductiva a partir de otros hechos verificados y el basado en inferencias de carácter inductivo a partir de otros hechos acreditados. Los jueces, al juzgar, recurren normalmente al conocimiento empírico para fijar los hechos, que es el conocimiento directo de los mismos. Este tipo de conocimiento indudablemente contiene una certeza probable más no una certeza absoluta. Por ello los jueces, en el conocimiento empírico que hagan de los hechos deben ser prudentes, bajo pena de incurrir en errores o falsedades.

Hay medios probatorios que tienen mayor eficacia que otros para acreditar determinados hechos, o que tienen mayor fuerza que otros para acreditar un hecho con mayor probabilidad. Todas estas disquisiciones nos lleva a reconocer al error judicial como uno de los argumentos esenciales que utilizan los litigantes para cuestionar el aspecto fáctico de las resoluciones. En efecto, se afirma, con no poca razón, que el mayor número de errores en las decisiones judiciales se producen en el ámbito de los hechos.

Al estructurarse una resolución, normalmente nuestros jueces recurren al denominado silogismo judicial, en el cual la premisa mayor está dada por la norma jurídica aplicable al caso, cuyo supuesto fáctico es abstracto, la premisa menor está constituida por la norma elaborada por el Juez en base al hecho concreto probado en el proceso y que se subsume en el supuesto fáctico de la norma genérica aplicable a la controversia; y la conclusión está contenida en el fallo. Como se puede advertir, la tarea de elaborar la premisa fáctica es fundamental y delicada, pues un error en ella llevará a la aplicación de una norma material impertinente o a la no

aplicación de una norma pertinente al caso. La fijación judicial de los hechos tiene que ser el resultado de la descripción objetiva de los hechos ocurridos, descripción que debe referirse a hechos realmente sucedidos, como el Juez nunca ha tenido acceso directo a los hechos descritos y alegados, él tiene que recurrir a los medios probatorios que han sido utilizados para acreditar los hechos enunciados por las partes.

La fijación de los hechos es distinta de la calificación jurídica de los mismos. Esta última constituye la elaboración y valoración del supuesto de hecho concreto (premisa menor o fáctica) a efectos de subsumirlo dentro del supuesto de hecho abstracto de la norma legal aplicable a la materia en controversia. Primero el Juez fija los hechos, luego los califica, para después subsumirlos dentro de la norma abstracta. La calificación jurídica, aunque se asiente en una actividad empírica (la observación y descripción de determinados hechos es de naturaleza empírica), importa una decisión del Juez en el sentido que los hechos probados en autos son subsumidos por él dentro del supuesto de hecho de la norma de derecho aplicable al caso.

¿Cómo proceden nuestras Salas de Casación en lo Contencioso Administrativo tratándose de la fijación o determinación de los hechos?, en principio, casi como una regla, no parten en rigor de la premisa de que los hechos fijados por los Jueces de mérito son incuestionables y se tienen como ciertos, no obstante que se reconoce que los Jueces de grado son los juzgadores de los hechos y por tanto soberanos en esa materia. Por ello las Salas (nos referimos a sus integrantes) necesariamente revisan la demanda, la contestación, los medios probatorios, las sentencias inferiores para conocer precisamente los hechos, en base a esa revisión determinan los hechos materia de la controversia, que a veces no coinciden con los relatos por los jueces de mérito.

Es oportuno también anotar, que los recurrentes en casación, en su gran mayoría, no dejan de invocar la causal relativa a la violación al debido proceso, y bajo ese marco, denuncian errores de hecho en que habrían

incurrido los jueces de mérito, especialmente cuando se trata de calificar jurídicamente actos y contratos. En estos planteamientos, las Salas de Casación encuentran la oportunidad de corregir esos errores de hecho. Por tanto, nuestras Salas de Casación, de algún modo, se hallan inmersas dentro de la orientación casatoria de lograr la justicia en el caso concreto, cuando el error de hecho naturalmente es grave, arbitrario y determinante en la decisión judicial, si los jueces en Casación partieran del supuesto que los hechos descritos por los jueces de mérito son intangibles, la actividad casatoria sería diferente.

Como conclusión, señalamos que lo importante es que el hecho mal precisado o mal calificado puede conducir a la infracción de una norma jurídica de orden material, caso este deba ser objeto del control casatorio, configurándose en este supuesto lo que se conoce también como **violación indirecta de la norma**.

Cabe anotar que la revisión de hechos en casación es difícil; por lo que, en la doctrina todas las posiciones que se adoptan sobre este tema son opinables y cuestionables.

Debemos precisar, que los jueces de fallo ejecutan su tarea juzgadora lo primero que hacen es determinar o fijar la existencia de los hechos aportados al proceso mediante los medios probatorios, si hay equivocación en la precisión de uno o más hechos podría conducirlos a un error de subsunción y, por tanto, a un error de derecho. A continuación, los aprecia a fin de establecer sus contenidos, sus elementos, sus características, etc., acto seguido los interpreta, y los califica jurídicamente, esta última actividad sí es una labor netamente de derecho, que debe sujetarse al control casatorio.

Por ejemplo, si se precisaran y apreciaran correctamente los hechos y, sin embargo, calificándola jurídicamente, a esos hechos se le aplicará una norma sustantiva que no le corresponde, esa aplicación podría derivarse de

una errada calificación jurídica de los hechos, estaríamos frente a una típica subsunción equivocada, que debe ser objeto de control casatorio por tratarse de un error de derecho. La tarea de verificar si los hechos fijados y apreciados han sido correctamente subsumidos en la norma legal pertinente fijada por el Juez en observancia del *principio iura novit curia*, constituye indudablemente materia de casación.

Puede denunciarse casatoriamente la no aplicación de una norma material determinada, la errónea interpretación de una norma sustantiva en la tarea de subsunción, y puede denunciarse la aplicación al asunto sub litis de una norma sustantiva impertinente. Para determinar si se ha producido en las instancias de mérito una indebida aplicación de normas materiales al emitirse la decisión judicial, el Juez de casación ineludiblemente tiene que conocer o verificar los hechos fijados, tiene que apreciarlos y calificarlos, pues sería ilógico concluir que en un caso dado se ha aplicado una norma impertinente si no se conocen los hechos aportados al proceso a los que se aplicó indebidamente una norma sustantiva.

Podemos concluir, que para un sector de la doctrina debiera regularse jurisprudencialmente, el control sobre la determinación, apreciación, interpretación y calificación jurídica de los hechos, cuando exista error en la fijación y en la calificación de los hechos fijados en el proceso, con las limitaciones necesarias para evitar el ejercicio abusivo de los recurrentes al invocar dicha motivación, y para no distorsionar la verdadera finalidad del Recurso de Casación en estos supuestos.

Doctrina sobre el control casatorio de la valoración de los medios probatorios.

Esta tendencia explica que, la valoración de los medios probatorios constituye la fase final de la actividad probatoria, que se encuentra regulada por una serie de principios, como por ejemplo, el principio de lealtad, probidad y veracidad en materia probatoria; y puede ocurrir que en la evaluación de los medios probatorios, el Juzgador viole algún principio, de

modo que distorsione su finalidad, o puede ser que el juez considere que un documento es suficiente para acreditar un hecho y decidir la controversia, no obstante existir en el proceso documentos de carácter público que desvirtúan el mérito probatorio del citado documento. Este tipo de violación y arbitrariedad son pasibles del control casatorio en determinados ordenamientos procesales, especialmente en aquellos que no se concretan solo a cautelar la función Nomofiláctica del recurso.

Asimismo, se debe tener presente que el error en la calificación de los hechos por parte del Juez conduce al error de subsunción, que es una tarea netamente jurídica.

Como se puede apreciar, una cosa es el control casatorio de la valoración probatoria efectuada por las instancias de mérito; y otra el control casatorio de la fijación, apreciación y calificación jurídica de los hechos aportados al proceso utilizándose precisamente los medios probatorios.

Respecto a la valoración probatoria, debemos tener en cuenta lo siguiente: para acreditar los hechos que las partes esgrimen como sustento fáctico de sus pretensiones procesales, se utilizan los medios probatorios que la ley ha fijado; el Juzgador examina los medios probatorios, y extrae aquellas que le producen convicción sobre los hechos controvertidos, que le van a permitir dirimir la controversia o dilucidar la incertidumbre jurídica. La valoración conjunta de los elementos probatorios aportados al proceso es la más conveniente e idónea para llegar a la convicción fáctica, pues con ese método el juzgador va a encontrar con mayor facilidad las razones convincentes que lo persuadan sobre la veracidad de los hechos para resolver el litigio, llegando incluso a establecer que hechos no responden a la verdad real, por haber sido ex profesamente fabricados o fraudulentamente actuados, el juez de fondo, por tanto, evalúa su convencimiento sobre los hechos alegados.

El Juez en la labor antes descrita puede incurrir en error en el manejo de las reglas jurídicas de valoración probatoria o en un defecto en la apreciación de las pruebas aportadas al proceso.

El artículo 188° del Código Procesal Civil establece: *“Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”*.

Para el autor DEVIS ECHANDIA¹¹ probar es: *“(...) aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o al certeza del juez sobre los hechos... Prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios o procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos. Y se dice que existe prueba suficiente en el proceso, cuando en él aparece un conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento la certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales de preferir su decisión, obtenidos por los medios, procedimentales y sistemas de valoración que la ley autoriza”*.

SENTIS MELENDO¹², en relación a la valoración probatoria, dice lo siguiente: *“Verdadero sistema de valoración no hay más que uno, que exige la libertad del juez, ya que ante la ausencia de ésta no hay verdadera valoración, por cuando la fijación de los hechos sometida a pautas establecidas por el legislador nada tiene de tal (...) La prueba es libertad; pero es libertad con prueba, libertad de apreciación de la prueba; en manera alguna prescindencia de la prueba”*.

Cabe precisar, que el sistema puro de casación ha permitido algunas atenuantes en el sentido de permitir la revisión de la razonabilidad aplicada

¹¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, 3ª ed, Víctor P. de Zavallía Editor, Buenos Aires, 1974, T.I. p. 34

¹² SENTIS MELENDO, Santiago. *La Prueba*. EJE, Buenos Aires, 1978, p. 242.

por el Juez de mérito en la apreciación de los elementos probatorios, en razón a los vicios que acaecen al desarrollar tal actividad originan en muchos casos errores, que a su vez imposibilitan la correcta aplicación de la norma jurídica. Y como se ha expresado anteriormente, el error puede producirse en la fijación, apreciación y calificación del hecho acreditado o en la calificación o valoración jurídica del medio probatorio, en cuyo caso el Tribunal de casación tiene, una función correctora de la fijación, apreciación y calificación jurídica de los hechos y de la valoración probatoria ejecutada por los jueces de fallo, con lo que se propicia indirectamente una correcta aplicación del derecho material, esto ocurren en los sistemas casatorios que propician la justicia en el caso concreto.

Esta tendencia doctrinaria explica que hay supuestos concretos admitidos por la legislación comparada en los que se hace viable la casación como un mecanismo procesal para corregir los errores fácticos, como cuando el Juzgador llega, en la valoración del medio probatorio y en la fijación y calificación de los hechos acreditados, al absurdo y, consecuentemente a la arbitrariedad. Constituye un absurdo cuando el Juez por ejemplo, en la valoración de una prueba instrumental concluye sosteniendo que ella contiene un contrato de obra, no obstante que por los elementos que aparecen de su texto se trata en realidad de un contrato de compraventa; cuando se presenta el absurdo, hay imposibilidad de llegar a la verdad real de los hechos como soporte de una correcta decisión y, por tanto, la infracción de la ley material es evidente, el vicio del absurdo puede hacer viable el recurso cuando los organismos de mérito incurren en la evaluación probatoria en errores graves.

Los ordenamientos jurídicos que recogen el sistema casatorio puro u ortodoxo, como es el caso de nuestro Código Procesal Civil, no permiten el control casatorio de las valoraciones probatorias, sin embargo, los organismos de casación, en la praxis judicial, incursionan en su control, en defensa de la corrección con que deben actuar los jueces en el ejercicio de su función, en defensa de los principios y de las reglas referidas a la

apreciación y valoración probatoria, en defensa de los principios de veracidad, probidad, lealtad y buena fe que rigen los procesos judiciales.

En el sistema casatorio puro el Tribunal de casación no debe examinar los hechos fijados por el organismo de mérito para modificarlos, completarlos o desconocerlos, no obstante los errores que puedan contener. En todo caso, está autorizado para examinarlos solo con el fin de verificar si el organismo de fallo ha aplicado correctamente o no la norma jurídica sobre tales hechos al resolver la causa, los hechos que deben respetarse son los determinados en la sentencia recurrida, donde se consignan las conclusiones respecto a la valoración efectuada sobre los medios probatorios utilizados y sobre los hechos acreditados en el proceso.

La casación en el sistema puro, en rigor, no se orienta a controlar los hechos vinculados con el fondo del derecho sustantivo en controversia con el propósito de que el tribunal de casación obtenga su propia apreciación o calificación fáctica que sustituya a la realizada por el tribunal de mérito, ya que esa es la labor de los jueces de primera y segunda instancia.

La Corte Suprema, convertido en órgano jurisdiccional, en determinados supuestos en los sistemas sin reenvío, tiene el poder de decidir directamente sobre el fondo del asunto, observándose indudablemente el principio de economía procesal.

En relación a los hechos que se producen en el desarrollo del proceso, la tendencia en estudio señala lo siguiente: si a través del recurso de casación se controlan los vicios de procedimiento, entonces los jueces de casación se convierten en jueces de los hechos de procedimiento. Esta sería una excepción a la regla según la cual los jueces de casación no son jueces de los hechos, sin embargo no hay identidad entre los hechos que afectan la actividad procesal, que es el objetivo al que se dirige la casación por vicios de procedimiento o errores in procedendo, y los hechos sobre los que se articula la relación jurídica material de fondo debatida en el proceso,

que son los que se incluyen dentro del ámbito de los errores *in iudicando*. La tendencia de la casación pura excluye del control casacional, estos últimos hechos, (hechos vinculados a los errores de fondo), advirtiéndose, si no se excluyera, la presencia del peligro de convertir a la casación en una tercera instancia.

Los hechos primeramente anotados (los hechos vinculados a los *errores in procedendo*), como se ha comentado ya, incuestionablemente son objeto del recurso de casación; sin embargo, una excepción a la aludida prohibición, como se ha mencionado también, promueve el control casatorio de los hechos referido al fondo del asunto bajo la justificación del caso concreto, en los supuestos por ejemplo, en que haya un evidente vicio del absurdo en que han incurrido los jueces de mérito, que la Sala de casación pretende enmendar.

En conclusión, el control casatorio sobre los hechos de fondo, esto es, sobre su fijación, apreciación y calificación jurídica, valoración de los medios probatorios, solo debe permitirse cuando se advierta en las instancias de mérito conclusiones absurdas, y por tanto arbitrarias y que hayan conducido a la infracción de la norma material, esto es, cuando los errores conducen a una equivocada subsunción. Debe existir una manifiesta arbitrariedad por afectación de la actividad probatoria para que la Corte Suprema se sienta legitimada a conocer los hechos que sustentan las sentencias arbitrarias, por constituir una violación del debido proceso

3. Formulación de Hipótesis, Variables e Indicadores

3.1. Hipótesis del trabajo.

H1: La Función Dikelógica del Recurso de Casación se aplica directamente en el Proceso Contencioso Administrativo.

H2: Las conclusiones absurdas o arbitrarias que realizan los jueces de mérito al sentenciar se relacionan directamente

con la aplicación de la función Dikelógica del Recurso de Casación en el Proceso Contencioso Administrativo.

H3: El error en la fijación, apreciación o calificación jurídica de los hechos, y en la valoración de los medios probatorios se relacionan directamente con la aplicación de la Función Dikelógica del Recurso de Casación en el Proceso Contencioso Administrativo.

3.2. Variables.

VI= V1

Aplicación Función Dikelógica del Recurso de Casación

Indicadores:

1. Conclusiones absurdas o arbitrarias.
2. Error en la fijación, apreciación o calificación jurídica de los hechos, o en la valoración de los medios probatorios.

VD=V2

Proceso Contencioso Administrativo

Indicadores:

1. Análisis de expedientes y sentencias de la Corte Suprema.

4. Operacionalización de Variables

4.1. Definición Conceptual: Es necesario definir las variables determinadas, así tenemos:

- Función Nomofiláctica: La adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto.
- Función Uniformadora de la jurisprudencia: Se busca generar la predictibilidad de las resoluciones judiciales, y por ende seguridad jurídica.

- Función Dikelógica: La justicia al caso concreto, admite el reexamen de los hechos y medios probatorios aportados al proceso por la Corte Suprema.
- El absurdo: Genéricamente se debe entender como sinónimo de ilógico, como aquellos fenómenos que carecen de toda explicación racional.

4.2. Definición Operacional: Las variables antes mencionadas se medirán utilizando la siguiente técnica para obtener datos:

- Análisis documental: Análisis de las sentencias judiciales Publicadas en el Diario Oficial “El Peruano”, y las que se encuentren en el archivo de la Corte Suprema.

5. Descripción del Método y tipo de Investigación

5.1. Método: La metodología a emplear es la siguiente: Análisis-síntesis, descriptivo-explicativo, inductivo-deductivo y el comparativo.

5.2. Tipo de Investigación: El tipo elegido por el suscrito es el de la **investigación jurídico-social**, que se caracteriza porque su objeto de estudio está constituido por la interrelación que ocurre entre la realidad social y la realidad normativa.

6. Unidad de análisis. Universo

6.1. Universo Físico: Carácter nacional en base a la Corte Suprema

6.2. Universo Social: Magistrados, abogados, profesores Universitarios, alumnos de doctorado y el Poder Judicial como institución.

6.3. Muestra: Muestreo no probabilístico o empírico.

6.4. Unidad muestral: Sentencias publicadas en el Diario Oficial “El Peruano”, y las que se ubiquen en el archivo de la Corte Suprema desde el año 2008 a 2013.

7. Técnicas de Investigación

7.1. Técnica de Recolección de Datos:

7.1.1. Análisis de Registro Documental:

Con relación al tema que hemos elegido con fines investigatorios, consideramos que el acopio o recopilación documental es el único procedimiento pertinente y objetivo que nos permitirá establecer conclusiones válidas. En este caso, el análisis de las sentencias judiciales publicadas en el Diario Oficial “El Peruano”, y las que se encuentran en el archivo de la Corte Suprema.

No consideramos trascendentes o confiables el uso de las entrevistas, puesto que no pretendemos medir el grado o nivel de conocimiento de los magistrados, abogados, profesores de derecho, etc.

SEGUNDA PARTE

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO I

EL RECURSO DE CASACIÓN

1. *Origen y Evolución*

Cabe precisar que esta institución no existió en Roma, sino que tiene sus antecedentes en la Francia del siglo XIV a XVIII.

En el siglo XIV, el rey Luis XIV promulgó la Ordenanza de 1667, por la que se le otorgaba al Rey la facultad revisora, a través de su Consejo del Rey; en esta etapa se consagró en el derecho positivo francés el derecho de anular las sentencias. El rey con la facultad conferida ejerció una mayor injerencia política sobre las decisiones del Parlamento, en esta sistematización de anular las decisiones del Parlamento se puede encontrar el verdadero origen del instituto procesal en estudio, aunque con una naturaleza política, ya que el rey anulaba en función de su interés porque se respeten las ordenanzas, y en contra de la rebeldía de los jueces, esto es, controlaba que se respeten las leyes dictadas por él haciendo respetar su soberanía.

El rey solo intervenía cuando se afectaba o interpretaba erróneamente una ordenanza, pues cuando se trataba de un caso en la que solo se afectaba el interés de un particular, las decisiones eran impugnadas mediante el recurso correspondiente para los errores in procedendo.

Por el siglo XV, la casación también se orientó a anular las sentencias que perjudicaban intereses particulares, como una forma de mayor control sobre las ordenanzas, es decir el rey que aún mantenía su potestad de anular sentencias que contravenían las ordenanzas de orden público, se sirvió del interés privado para controlar las sentencias que violaban ordenanzas de carácter privado, mediante la demanda de casación; por lo que, el Consejo del Rey se dividió en el *Conseil étroit* para los negocios jurídicos y el *Grand Conseil* que se convirtió en una corte autónoma.

El Recurso de casación, escribe QUIROGA LEÓN¹³: “ (...) *no nace en Roma, ni en el Derecho Romano, sino en la Francia post-revolucionaria, con la finalidad de controlar la legalidad de los fallos judiciales, al entender que un fallo judicial alejado del texto de la ley sugería una inaceptable intromisión del Poder Judicial en el Legislativo, ya que de ese modo el juez con error en el juzgamiento (error in iudicando) se convertía, al interpretar de modo equívoco la ley, en <<extraoficial e incompetente>> legislador, produciendo un acto nulo (...)*”.

En los siglos XVII y XVIII, se perfeccionó la distinción entre ordenanzas de orden público y las que regulaban materias privadas, haciéndose nuevamente una nueva división del Consejo del Rey, donde el rey mantenía su facultad de anular las sentencias violatorias de ordenanzas de orden público a través del *Grand Conseil*; y ante el incremento de demandas de casación privadas, el citado *Conseil étroit* se dividió en *Conseil d'État* para los casos políticos y el *Conseil des parties* para los asuntos judiciales, este último en su primera etapa mantuvo su carácter político por lo que no constituyó una instancia superior del sistema judicial.

Cabe comentar, que si bien el recurso de casación tuvo su origen mediato en la etapa pre-revolucionaria, su nacimiento en el sentido moderno debe computarse a partir de la Revolución basadas en las ideologías de

¹³ QUIROGA LEON, Aníbal. *La Casación Civil: mito y realidad*. En: Derecho (PUCP), N°52 (dic.1998-abr.1999), Lima, p. 720.

Montesquie y Rousseau, predominantes en ese entonces, que establecían la supremacía de la ley, la igualdad de todos los ciudadanos y la rígida separación de poderes.

1.1. El Recurso de Casación en Francia a partir de la Revolución.

Con el Decreto del 27 de noviembre de 1790, fue creado el original Tribunal de Casación, que reemplazó al antiguo *Conseil des parties*, para prevenir las desviaciones de los jueces frente al texto expreso de la ley, durante la Revolución Francesa se creó este Tribunal que formaba parte del Poder Legislativo, con el fin de tener el control político de la actividad judicial.

Sin embargo, con el paso del tiempo, dicho Tribunal de Casación fue transformándose en un verdadero órgano jurisdiccional ubicándose en la cúspide de los órganos judiciales.

Al respecto HITTERS¹⁴ manifiesta: “(...) *Buscando siempre la perspectiva histórica debemos señalar (ya algo anticipamos), que existieron grandes diferencias entre el antiguo Consejo de Partes (Conseil de Parties) de la época monárquica y el Tribunal de Casación de la época post-revolucionaria, dado que éste último sólo tomó del primero algunas reglas de procedimiento y el régimen interno (...) Si bien no debe descartarse cierta analogía entre ambos andariveles recursivos, lo cierto es que las diferencias son abismales. En efecto, la queja ante el Consejo de Partes era de carácter **excepcional y extraordinario**, y apuntaba a reparar los perjuicios que a los súbditos causaban las Ordenanzas Reales, habiendo sido muy poco utilizada, y casi siempre resuelta en forma arbitraria. En cambio el recurso de casación moderno, pese a ser considerado esencialmente extraordinario, ha llegado a ser –dice Geny- de uso frecuente y tiene en miras llevar a cabo la rectificación jurídica. (...) Se daba por entendido en Francia, en aquella época, que a la facultad de dictar las leyes le seguía naturalmente la de*

¹⁴ Dicho esquema se diferenciaba del *référé* obligatorio, pues éste funcionaba-como es sabido- en los casos de conflictos manifiestos de dos sentencias sucesivas del mismo expediente sometidas a la censura del Tribunal de Casación.

vigilar su observancia, de ahí esta misión cuasi legislativa cumplida por el Superior Tribunal (...)

*Dicho instrumento legal creó paralelamente el **référé legislativo obligatorio** para la hipótesis de que hubiera lugar a una segunda casación en el mismo asunto, en cuyo caso el Tribunal tenía obligación de enviar las actuaciones al Poder Legislativo para que emitiera la interpretación oficial y obligatoria, pues se entendía que si se repetían las anulaciones ello ocurría porque el texto de la ley era oscuro (...). Repárese, que paralelamente a este sistema interpretativo obligatorio funcionaba otro, el aludido **référé facultativo** – utilizado con muy poca frecuencia- que autorizaba a los jueces (en caso de oscuridad de las normas) a suspender el curso del procedimiento, y a remitir la causa al Poder Legislativo para que aclarara las dudas hermenéuticas”.*

Es conveniente destacar que mientras tuvo vigencia el *référé* legislativo obligatorio, dicho poder y no el judicial, era el intérprete final de las normas, pero con la reforma de 1837 al suprimirse este tipo de interpretación, comienza una notable evolución de las funciones del Tribunal. A partir de entonces el organismo de casación obtuvo una total independencia, adquiriendo de esta forma mayor importancia y autoridad, al no depender ya la interpretación del cuerpo legislativo¹⁵.

El Tribunal de Casación, originalmente, no podía establecer frente a las instancias inferiores una solución jurídica positiva, pues, regía el principio que prohibía a los jueces de dicho Tribunal conocer el tema de fondo de los casos sometidos a su jurisdicción; sin embargo, a partir de la Reforma de 1837, se estableció que luego de la segunda anulación (fundada en las mismas causales que la primera) la tercera jurisdicción que conociese el proceso, debía resolver conforme a lo ya resuelto por el Órgano Supremo (sobre la cuestión de derecho), con esta modificación varió la jurisdicción

¹⁵ HITTERS, Juan Carlos. *La Casación civil en Alemania. Sus rasgos definidores*. En: *Juris*, Arg. 1982. Vol. II. pp. 762 y ss.

meramente negativa del Tribunal de Casación, y tuvo una influencia directa sobre el sentido de la interpretación jurídica.

Sobre el tema DE LA PLAZA¹⁶ señala: “(...) Pero era muy difícil que la Revolución concibiese el Tribunal de Casación como un organismo judicial, y más difícil aún que le confiase la interpretación de las leyes. Precisamente, toda la obra revolucionaria, en ese punto, obedecía doctrinariamente a las concepciones de ROUSSEAU y de MONTESQUIEU. (...).

Es lógico, pues, que aun cuando el Tribunal de Casación, obra del decreto de 27 noviembre-1º diciembre 1790, sustituyese automáticamente y sin solución de continuidad el «Conseil des Parties» fruto del ancien régime, sus líneas fundamentales no fuesen, ciertamente, las que presidieron la actuación de éste; sólo en ese sentido puede decirse que el Tribunal de Casación fuese una obra original, fruto de la Revolución. A despecho de los diputados de la Asamblea, estaban en el ambiente otras ideas que, como pronto veremos, alumbraron y florecieron en la época napoleónica. (...)

En este sentido se dice que la casación 'francesa, en su concepción originaria, tiene un carácter negativo: se limita a defender la Ley, proscribe toda interpretación; reserva al conocimiento de los Tribunales la cuestión de fondo... como decía CHAPPELLIER con frase tan enérgica como ingenua-el Tribunal de Casación no debe tener jurisprudencia suya». Si esta jurisprudencia de los Tribunales-la más detestable de todas las instituciones-existiese en el de Casación, precisaría destruirla.

(...) La función, negativa en ese aspecto, que le estaba asignada, era incompatible con el más escondido propósito de interpretar la Ley, y ajena al organismo encargado de la casación la misión de unificar la jurisprudencia. El recurso, pues, sólo cumplía la función de nomofilaxia a que nos referíamos en el capítulo preliminar. (...)

Pero, en cambio, es utilísimo señalar en qué estribó el cambio de las ideas; porque sólo así se puede comprender el sistema de la casación francesa, y con él, el de los países que, como el nuestro, han seguido de

¹⁶ DE LA PLAZA, Manuel. *La Casación Civil*. Monografías Prácticas de Derecho Español. Serie J. Vol. VII, 1944; pp. 63-71.

cerca sus pasos.

1° Notemos en primer término, que la época revolucionaria se caracteriza por lo que con razón se ha llamado el fetichismo de la Ley; no de otra suerte se comprende que la casación estuviese caracterizada por la defensa de su texto expreso. Por ahí apuntó, y pronto veremos que en nuestra patria también, una de las más trascendentales reformas que en la casación se hicieron en la época a que nos referimos; pues que, admitida con posterioridad al decreto orgánico de la casación la posibilidad de que la sentencia fuese casada cuando contuviese un juicio que fuese contraria a la Ley, el rigor del precepto originario quedaba aludido; y en consonancia con esta tendencia, que así barrenaba lo establecido, la jurisprudencia sustentó al parecer de que la sentencia era susceptible de casación, no sólo cuando hubiese violado la letra de la Ley, sino también cuando hubiese vulnerado su espíritu; con lo que se daba un paso gigantesco en pro de una transformación del instituto, tal como se concibió después y como se concibe y practica en los ordenamientos actuales (...)

2° Semejante proceder, obligaba al Tribunal de Casación a discurrir sobre el caso concreto y a penetrar en el espíritu de la norma, lo que determinaba, por una parte, la necesidad de motivar las resoluciones, en relación con los casos contemplados por ella, y acrecía, en otro aspecto, el valor demostrativo de las mismas, que así, lentamente, pero cada vez con mayor eficacia, ganaban autoridad. El instrumento de la casación, que hasta aquí suponía una garantía negativa, cobraba el valor de un remedio positivo; y así fue posible que todo ese proceso evolutivo, casi subrepticio primero, más atrevido después, cristalizase, en fin, en la Ley de 1 de abril de 1837, (...) La casación, pues, había alcanzado a través de este esfuerzo, su meta; y desde entonces, a su fin profiláctico, se sumó otro que también la caracteriza y que vela por la certidumbre jurídica: el de unificación de la jurisprudencia.

3° Las consecuencias de esta evolución, que nos hemos limitado a presentar en sus rasgos más esenciales y fecundos, tenía forzosamente que afectar en su extraña misma al instituto de la casación tal como hasta entonces se le había concebido. El órgano que de ella conoce, no es ya,

como en lo antiguo, una emanación del poder legislativo, sino un verdadero organismo jurisdiccional que, articulado con todos los de la Administración de justicia y colocado en su cúspide, vela, sí, por la recta interpretación y aplicación de la Ley, pero también define, con general repercusión y eficacia, y conduce la interpretación de los demás tribunales; la casación, que hasta entonces había tenido un carácter marcadamente oficioso y, desde luego, alejado del interés particular, lo ampara y promueve, y asocia, como al principio veíamos, el jus constitutionis con el jus litigatoris;(...)".

Finalmente, cabe anotar que fue el tiempo el que se encargó de modelar los verdaderos fines de la institución analizada, quedando establecido que debe ser el Juez quien interprete la ley, y no solo se limite a declarar la contravención expresa del contenido de la ley, llegando a pronunciarse sobre los errores *in procedendo* e *in iudicando*; razón por la que, el Tribunal de Casación adopta el nombre de Corte de Casación.

2. Concepto

La Doctrina jurídica es uniforme en cuanto al concepto del Recurso de Casación, sea cual fuese el sistema de casación consagrado en un sistema jurídico en particular.

Por su parte, el profesor CARRIÓN LUGO ¹⁷ expresa lo siguiente:

"El recurso de casación se constituye en un medio impugnatorio que normalmente se interpone contra las sentencias o autos que ponen término al proceso (...) Constituye, entonces, un mecanismo procesal para defender la ley contra las resoluciones judiciales que la infrinjan".

RAMÍREZ JIMÉNEZ¹⁸, señala que:

"Es un recurso que materializa un acto de voluntad del litigante, por el que se solicita la revisión de la sentencia dictada en segunda instancia,

¹⁷ CARRIÓN LUGO, Jorge. *El recurso de casación en el Perú*. Entrevista publicada en el diario oficial El Peruano. Sec. B, p. 9, Lima, 1996.

¹⁸ RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *Casación o Recurso de Nulidad?* En Análisis del Código Procesal Civil. T. I, p. 229. Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1994.

amparándose en un error de derecho al juzgar (error in iudicando) o en un error o vicio procesal que desnaturaliza la validez de la sentencia emitida (error in procedendo)”.

El tratadista PIERO CALAMANDREI¹⁹ define a la casación como:

"(...) una acción de impugnación que se lleva ante el órgano judicial supremo para obtener la anulación de una sentencia de un juez inferior, que contenga un error de derecho en la decisión de mérito (...)"

Sobre el tema PIETRO CASTRO²⁰ dice:

"(...) es un medio de impugnación, por regla general de resoluciones finales... a fin de que el Tribunal funcionalmente encargado de su conocimiento verifique un examen de la aplicación del Derecho realizada por el órgano a quo o de la observancia de determinados requisitos y principios del proceso, que por su importancia se elevan a la categoría de causales de casación".

Al respecto ROCCO UGO²¹ destaca que: *“El recurso de casación implica un nuevo examen de la controversia objeto de la decisión del Juez de apelación, pero no con una jurisdicción plena, acerca del examen y del juicio sobre el hecho y sobre el derecho, como puede ser la del órgano de segundo grado, sino con jurisdicción limitada sólo a las cuestiones de derecho”.*

Para el autor DONGO DENEGRÍ²²: *“El recurso de casación, tal como ya se ha mencionado, difiere de la apelación precisamente porque no busca vulnerar una sentencia basándose en su posible justicia o injusticia. El recurso de casación se asemeja más a un pedido de nulidad (entendiéndose, en este caso, como causales de nulidad los errores in iudicando e in procedendo). Para la doctrina, la naturaleza fundamental del*

¹⁹ CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, T.I, p. 368.

²⁰ PIETRO CASTRO, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*. p. 282.

²¹ ROCCO UGO, *Tratado de Derecho Procesal Civil Proceso de Cognición*, p. 391.

²² DONGO DENEGRÍ, Luis. *La Casación Civil*. Marsol Perú Editores. Lima. 1996; pp. 101-102.

recurso de casación es la de ser un medio de impugnación. Se diferencia nítidamente de la apelación (...) estas diferencias son suficientes para tipificar la naturaleza primordial, como medio impugnativo, del Recurso de Casación. El hecho de que la casación sea un remedio extraordinario contra lo que normalmente podría considerarse como una decisión firme, confirma esa condición (...)".

El jurista MANUEL DE LA PLAZA²³ escribe: "Aun cuando las consideraciones que ya hemos hecho, a propósito del modo como en el recurso juegan las actividades del organismo jurisdiccional y las de las partes, y de la articulación, según su rango, de los intereses de éstas y el interés del Estado, no permiten dudar de su condición de medio impugnativo, siquiera lo presidan, en contemplación de su índole, características propias, no queremos omitir mención de que, lo que por las razones indicadas nos parece evidente, no lo ha sido, sin embargo, en los orígenes del recurso, ni tampoco para algún tratadista de notorio relieve (...) Ante todo, el recurso de casación tiene un fin renovador en el sentido de que se endereza a lograr una revisión del proceso (...)"

La profesora LEDESMA NARVAEZ²⁴ manifiesta: "la casación es un recurso en el que prima el interés público porque busca garantizar la vigencia de la ley y ser un órgano contralor del juzgador en los casos de violación de la norma jurídica o la jurisprudencia vinculante. La casación implica una impugnación limitada, admisible solamente si se denuncian determinados vicios o errores solamente de Derecho (...). Este recurso es extraordinario porque surge como último remedio agotada la impugnación ordinaria y solo permite controlar los errores de derecho en la actividad procesal y en el enjuiciamiento de fondo. Para su interposición se exigen motivos determinados, formalidades especiales y no el simple agravio".

²³ DE LA PLAZA, Manuel. *La Casación Civil*. Monografías Prácticas de Derecho Español, Serie J. Vol. II. 1944; pp. 36-39.

²⁴ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. T. II Gaceta Jurídica. 1º edición, Lima, 2008, pp. 217-218.

Se considera, que el recurso extraordinario de casación se interpone contra las sentencias y/o autos que pongan fin al proceso siempre que adolezcan de un vicio, sea por un error en la aplicación del derecho objetivo al resolver el caso (*error in iudicando*), o por un defecto de procedimiento (*error in procedendo*), con el objeto que la Corte de Casación anule o revoque la sentencia impugnada, ordenando a los jueces de primera o segunda instancia que emitan nuevo fallo o para que adicionalmente se pronuncien sobre el fondo de la controversia de forma definitiva.

3. Funciones

La determinación de las funciones del recurso de casación, por un lado, permiten establecer si el ordenamiento jurídico que rige una sociedad determinada, está orientada solo a una rigurosa observancia de la legalidad, o también está orientada a alcanzar el valor justicia en las decisiones judiciales, esto es, si va aplicar el sistema puro de casación (función Nomofiláctica) o el sistema mixto, híbrido o impuro, que además de controlar la adecuada aplicación de la norma jurídica, permite el control de hechos y la valoración de los elementos probatorios aportados al proceso realizada por los jueces de mérito, con el propósito de imponer justicia en el caso concreto (función Dikelógica).

Cabe anotar, que la función Nomofiláctica, tiene por propósito la aplicación de la norma jurídica por igual a todos los componentes de una sociedad, constituyendo uno de los mecanismos para ese propósito el establecimiento de la jurisprudencia mediante la uniformidad de los criterios de decisión judicial en casos idénticos, análogos o semejantes.

3.1. Función Nomofiláctica.

La función Nomofiláctica²⁵ tiene como fin esencial la observancia correcta de la norma jurídica, debemos tener presente que la ley en un *sentido genérico*, es equivalente a decir norma jurídica; y en un *sentido limitado*, se refiere a la ley formalmente aprobada por el Poder Legislativo.

²⁵ Nomo: Ley, Philasso: guardar o cuidar; guardar o cuidar la Ley.

Derecho en sentido objetivo es sinónimo de *norma jurídica*, que se ha establecido como una forma de conducta que deben observar los integrantes de una colectividad. Se llama *derecho positivo* al sistema de normas jurídicas que informa y regula de modo efectivo la vida de un pueblo en determinado momento, y que está constituido por normas escritas (la ley, etc.) y por la costumbre.

Por otro lado, el Derecho subjetivo desde el punto de vista del sujeto referido en la norma, es sinónimo de facultad jurídica.

La casación tiene que ver con el derecho objetivo o positivo, y no con el derecho subjetivo, el Código Procesal Civil, la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, la Ley Procesal del Trabajo, etc., se refieren al derecho objetivo.

La norma jurídica es aquel mandato que establece que ante determinado supuesto (conducta) le sigue (lógico-jurídicamente) una consecuencia, dicho mandato encuentra respaldo en la fuerza pública, que se activa en caso de incumplimiento; son elementos de la norma jurídica: el supuesto, la consecuencia y el nexo entre ellos.

El supuesto está constituido por una descripción simplificada y abstracta de una conducta. La consecuencia es el efecto que la norma jurídica le atribuye al producirse el supuesto en la vida real. Mientras, que el nexo es el vínculo entre el supuesto y la consecuencia.

MIXÁN MÁSS²⁶ dice sobre la norma jurídica, lo siguiente: "*La norma jurídica es aquella de naturaleza genuinamente prescriptiva, pues ordena, prohíbe, permite, dispensa, declara, determinados comportamientos humanos; y, es emitida mediante "acción normativa" estatal (tratándose de normas jurídicas internas) o interestatal (si la norma jurídica es*

²⁶ MIXÁN MÁSS, Florencio. *Lógica Jurídica*. Marsol Perú Editores, Trujillo, 1992, p.31.

internacional)”.

Cuando el ordenamiento jurídico peruano, en relación a la casación, habla de derecho objetivo o de ley, indudablemente se está refiriendo a la norma jurídica en su sentido material o adjetivo, de ahí que se pueda usar las tres expresiones como equivalentes; sin embargo, cabe precisar que la norma jurídica como prescripción jurídica se diferencia de la ley, pues aquella se concibe como contenido de esta.

La ley, en su sentido genérico, constituye una de las formas como se exterioriza la norma jurídica; sin embargo, hay normas jurídicas, como la consuetudinaria, que no se exterioriza mediante una ley, sino en forma oral. Una ley, por lo demás, puede contener una o más normas jurídicas; no hay ley, si no contiene una norma jurídica.

La infracción normativa de una ley significa, en sentido genérico, transgredirla, vulnerarla o quebrantarla; para otros, es el acto y el efecto de violar la prohibición contenida en la norma jurídica o realizar un acto contrario al deber impuesto en la citada norma.

La casación se ha instituido, como un mecanismo para defender la norma jurídica frente a las resoluciones judiciales que la infrinjan, manteniendo de ese modo la exacta observancia de las leyes.

Tanto en la legislación extranjera como en la nacional se han establecido un número considerable de supuestos de cómo puede violarse la ley concebido en su acepción genérica, supuestos que se califican como causales o motivos para plantear el recurso de casación, la doctrina se refiere genéricamente a los errores *in procedendo* (vicios de actividad en el desarrollo del proceso) y errores *in iudicando* (vicios de juzgamiento que afecta la resolución cuestionada mediante la casación), todos ellos referidos a errores de derecho.

3.2. **Función Uniformadora de la Jurisprudencia.**

El recurso de casación busca también la Uniformidad de los criterios jurisprudenciales como lo prevé el artículo 384° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364 el recurso de casación tiene por finalidades esenciales: “(...) *la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia*”.

La Uniformidad de la jurisprudencia nacional se puede considerar como la más importante del medio impugnatorio que analizamos, pues, es la que le da consistencia y vigencia permanente al Recurso de Casación.

Al respecto CARRIÓN LUGO²⁷ dice: “Se entiende por **jurisprudencia** al conjunto de sentencias dictadas por los organismos jurisdiccionales en relación a determinada materia y cuya reiteración le atribuye la calidad de fuente interpretativa de la ley... hay reiteradas ejecutorias que dictan los tribunales, por ejemplo, aplicando normas jurídicas materiales claras y precisas, donde estamos frente a la simple aplicación de la ley, que no tiene trascendencia alguna. Las reiteradas ejecutorias que dictan los organismos judiciales llenando vacíos de la ley, interpretando normas ambiguas u oscuras, estableciendo reglas para casos análogos, fijando los denominados **principios jurisprudenciales**, sí son importantes y trascendentes. Estas últimas ejecutorias conforman la jurisprudencia que realmente interesa al ordenamiento jurídico nacional y a ella se le atribuye la calidad de fuente del derecho... El concepto que debemos tener sobre la **doctrina jurisprudencial** es que ésta es la que emanada de los organismos judiciales de la más alta jerarquía, la que tiene un valor normativo y que fija criterios jurisdiccionales para resolver los conflictos... los principios jurisprudenciales y la doctrina jurisprudencial en nuestro país teóricamente tienen como característica ser vinculantes, esto es, ser de obligatoria observancia y cumplimiento en las decisiones judiciales”.

²⁷ CARRIÓN LUGO, Jorge. *El Recurso de Casación en el Perú*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2003, Vol. I. pp.192-193.

Al respecto MONROY GÁLVEZ²⁸ dice: *"Otro fin del recurso de casación es lograr la uniformización de la 'jurisprudencia nacional. Íntimamente ligado al fin descrito en el párrafo anterior [fin pedagógico], la casación pretende que las decisiones judiciales, al organizarse alrededor de las pautas que la corte de casación da, encuentren organicidad y unicidad, la que a su vez debe producir varios efectos secundarios. Así, la uniformidad de la jurisprudencia permitirá que no se inicien procesos que de antemano se advierte no van a tener acogida en los órganos jurisdiccionales. Si bien tras se sigue un proceso se expide una decisión casatoria, en otro, con elementos idénticos, se podrá alegar a favor en éste -y con considerable contundencia el criterio de la corte de casación".*

El profesor GUZMÁN FLUJA²⁹ señala: *"Que la uniformidad de la jurisprudencia es el fin primordial del recurso de casación pues permite salvaguardar los principios de igualdad ante la ley, de seguridad y de certidumbre jurídicas, a cuyo objetivo debe ajustarse o subordinarse la finalidad nomofiláctica del recurso (...). Al igual que sucede con los recursos de casación en los ordenamientos francés y alemán, es la uniformidad jurisprudencial la meta última del recurso de casación".*

En la jurisprudencia el derecho vigente se realiza, por ello, el valor de la jurisprudencia que radica no tanto en crear normas jurídicas de carácter general, que importaría a una labor legislativa, sino en condicionar la eficacia de las mismas mediante su interpretación, y la interpretación es siempre creadora porque sin lugar a dudas se propone determinar el contenido de la ley.

Uniformizar la jurisprudencia que tiene por objeto que la Corte Suprema organice y unifique las decisiones judiciales, e impedir de esta manera que se inicien procesos que no van a ser amparados por los órganos

²⁸ MONROY GALVEZ, Juan. *Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil*. En: *Ius et Veritas*, N° 5, Lima, 1992 pp.21-31.

²⁹ GUZMÁN FLUJA, Vicente. *El recurso de casación civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p.190.

jurisdiccionales (predictibilidad en las resoluciones), y más aún aplicar una sentencia casatoria a un proceso en trámite que tenga elementos idénticos.

La función Uniformadora de la jurisprudencia, se relaciona con los principios de igualdad³⁰ y seguridad jurídica³¹.

3.3. Función Dikelógica (Justicia en el caso concreto).

La función Dikelógica³², tiene por objeto alcanzar de la justicia en el caso concreto, procurando la protección del litigante. Se dice que si la finalidad abstracta del proceso es lograr la paz social en justicia como lo prevé el Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil; con igual razón se debe sostener que el recurso de casación tiene esa misma finalidad; con este propósito es posible, en casación, especialmente para evitar sentencias absurdas y por tanto arbitrarias, permitir a los organismos en casación controlar casatoriamente la revalorización de las pruebas efectuada por las instancias de mérito, pudiendo por este medio emitir la decisión correspondiente. La corriente doctrinaria que pretende que a través del recurso de casación se controle los hechos dentro del proceso, así como, la valorización del caudal probatorio, tiene por fin que se aplique la justicia del caso concreto, siempre y cuando los jueces de primera y segunda instancia hayan errado al momento de fijar los hechos, en su apreciación y en la calificación jurídica de los mismos, o cuando se haya producido violación de las reglas señaladas por el ordenamiento procesal en la actuación de los medios probatorios y en la determinación del contenido de los mismos, tema que desarrollamos a profundidad más adelante.

3.4. Función de control de logicidad de la motivación de las

³⁰ Por **igualdad**, se debe entender que ante supuestos semejantes la norma jurídica se aplicará o interpretará de manera similar; es decir, que a supuestos de hecho iguales, deben aplicarse consecuencias jurídicas también iguales, protegiéndose **la previsibilidad en la resolución judicial**.

³¹ Y, respecto a la **seguridad jurídica**, **Guzmán Fluja**, indica que lo que se busca es establecer “una línea unitaria de aplicación legal para conseguir un cierto grado de previsibilidad del contenido de las resoluciones judiciales de las controversias”.

Cfr. GUZMÁN FLUJA, Vicente. *El Recurso de Casación Civil (control de hecho y de derecho*. Tirant lo blanch, Valencia, 1996. Pág. 26.

³² La justicia en el caso concreto. Diké es el término que usa Platón en su obra la República cuando habla de Justicia, Justo (Dikaos) es aquel que se encarga de lo que le es propio encargarse.

Resoluciones Judiciales.

Otra de las funciones que se atribuye al Recurso de Casación es el control del razonamiento del juzgador exteriorizada en su decisión; este razonamiento constituye una labor intelectual, que comprende la selección de la norma jurídica material aplicable al caso, la interpretación de los elementos fácticos obrantes en el proceso y la subsunción de estos elementos en la norma jurídica. Ese razonamiento tiene que sujetarse a las reglas de la lógica para que el sea coherente; el Juez en esa tarea, puede incurrir en determinados errores de raciocinio, su resolución puede ostentar una deficiente, insuficiente o aparente fundamentación, o estar afecta de incongruencia, la doctrina denomina a los errores del razonamiento errores *in cogitando*.

3.5. Función Pedagógica.

En este caso, la Corte de Casación a través de la resolución casatoria imparte a las instancias inferiores criterios (principios jurisprudenciales y doctrinas jurisprudenciales) relativos a la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, para solucionar los conflictos; es por ello, que se ha establecido la obligación de sistematizar y difundir la jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal.

Sobre este tema, MONROY GÁLVEZ³³ explica: *“El recurso de casación, a diferencia de los demás recursos cuyo objetivo está íntimamente ligado al destino del proceso, tiene fines trascendentes, es decir, no sólo ligados al destino natural del proceso, sino extra-procesales. A través del recurso de casación se pretende cumplir una función pedagógica, consistente en enseñar a la judicatura nacional en general, cuál debe ser la aplicación correcta de la norma jurídica. Asimismo, la función pedagógica alcanza, además, a la interpretación correcta de una norma jurídica. Esto es posible dado que el recurso de casación implica la existencia de una corte de casación, vale decir, de un órgano jurisdiccional que con carácter especializado se dedique a casar. Dada la trascendencia del recurso, todos*

³³ MONROY GALVEZ, Juan. *Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil*, cit., p.22.

los países que lo tienen regulado, conceden esta facultad casatoria al órgano jurisdiccional más elevado. Como resulta obvio, la función pedagógica y de ilustración antes aludida se realiza con mayor autoridad desde el lugar más elevado que desde cualquier otro".

Cabe precisar, que esta finalidad está íntimamente ligada a la función Nomofiláctica, regulada en el anotado artículo 384° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364.

4. Rasgos Sustanciales de la Institución

Las características más representativas del Recurso de Casación, las mismas que no merecen mayor discusión ya que existe total coincidencia en la doctrina, son las siguientes:

4.1. Es un medio impugnatorio.

De los conceptos antes citados podemos establecer que la casación es un medio impugnatorio.

Al respecto, OVALLE FAVELA³⁴ cita al maestro ALCALA ZAMORA para expresar que los medios de impugnación son: "*(...) actos procesales de las partes dirigidos a obtener un nuevo examen, total o limitado a determinados extremos, y un nuevo proveimiento acerca de una resolución judicial que el impugnador no estima apegada a Derecho, en el fondo o en la forma, o que reputa errónea en cuanto a la fijación de los hechos*".

Considero, que los medios impugnatorios tienen por objeto que el superior jerárquico deje sin efecto una sentencia o auto dictado dentro de un procedimiento judicial por adolecer de vicio material o procesal; este acto procesal, se caracteriza por ser propio de las partes que intervienen en el proceso ya que ellas son las perjudicadas con el acto impugnado.

³⁴ OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Harla, México, 1982, p. 179.

En este sentido, el Recurso de Casación tiene como objeto que se anule o revoque una sentencia que pone fin al proceso o acto procesal con similares efectos, que adolecen de un vicio *in iudicando* o *in procedendo* violatorio de la ley.

4.2. Es extraordinario.

Para la doctrina el Recurso de Casación es extraordinario, pues, posee caracteres especiales que lo diferencian de los demás medios impugnatorios, esta diferencia hace que solo proceda contra las sentencias y/o autos que no pueden ser impugnados por medios ordinarios. Por eso, mediante el recurso de casación se impugna las sentencias y otras resoluciones que ponen fin al proceso, conforme lo prevé el inciso 1) del artículo 387° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364.

El autor VESCOVI³⁵, señala que es un medio impugnatorio extraordinario porque:

- “a) Sólo se concede en casos extremos.*
- b) Tiene formalidades especiales.*
- c) Se refiere a causales taxativamente enumeradas.*
- d) Determina en el órgano decisor facultades excepcionales”.*

Al respecto, CALAMANDREI³⁶ hace la distinción entre medios de gravamen (que serían los recursos ordinarios) y acciones impugnativas (recursos extraordinarios), en donde los recursos extraordinarios tienden a dejar sin efecto lo ya resuelto en cuanto aparezca viciado por determinados defectos que lo hagan anulable; con la acción de impugnación, un examen puede lograrse mediatamente cuando se obtenga la anulación de una sentencia precedente; mientras que con el medio ordinario, se provoca el examen inmediato de la misma controversia en una nueva fase procesal,

³⁵ VESCOVI, Enrique. *Los recursos Judiciales y demás medios Impugnativos en Iberoamérica*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988; pp. 27-28.

³⁶ CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945; T. II. Bosquejo general del Instituto; pp. 223-256.

cuya apertura impide que el pronunciamiento emitido en la fase precedente pase en cosa juzgada.

La Corte Suprema, con relación a esta característica ha establecido claramente su naturaleza extraordinaria, diferenciándolo del fenecido recurso de nulidad regulado por el Código de Procedimientos Civiles; habiendo fijado en reiterada y uniforme jurisprudencia que no es posible volver a revisar los hechos y pruebas aportados al proceso, por no constituir instancia, en mérito a este argumento, se ha declarado improcedentes aquellos recursos de casación que tienen por objeto el control de hechos y la valoración de la prueba ya efectuada por los jueces de primera y segunda instancia; por lo tanto, el recurso de casación solo puede referirse a cuestiones de derecho con expresa exclusión de los de hecho.

Asimismo, la Corte de Casación se ha encargado de diferenciar la naturaleza del recurso extraordinario de casación con la del recurso ordinario o de instancia, teniendo la calidad de extraordinario porque se impugna la aplicación del derecho por parte del juzgador; mas no el raciocinio del Juez al valorar las pruebas y los hechos, ya que esta clase de impugnación es materia de los recursos ordinarios, lo contrario, significaría permitir una tercera instancia judicial que no es el fin del Recurso de Casación.

4.3. Es público.

El carácter extraordinario del Recurso de Casación en cuanto a su finalidad (que se aplique adecuadamente el derecho objetivo a cada caso concreto y lograr que la jurisprudencia nacional sea uniforme), también determina su carácter público; hay un interés público abstracto y general, representado por la garantía al debido proceso, que al Estado le interesa defender por encima del interés particular, representado por la pretensión de las partes al proceso. Cabe anotar, que el interés de las partes está protegido mediante los recursos ordinarios que la ley les concede.

El carácter público no significa, dejar de lado la intervención del interés particular de los justiciables, pues, el recurso necesita del impulso de parte, es decir, que el afectado con la sentencia violatoria del debido proceso debe acudir a la Corte de Casación, invocando un interés público para casar la sentencia, si esto no recurre, por más interés público que exista para la anulación de la sentencia, ésta no se producirá.

Cabe precisar que, el artículo 11° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ratifica lo dicho en el párrafo anterior, cuando establece: *“La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable”*.

Asimismo, se debe tener presente que no procede la adhesión al recurso de casación, dado su carácter personal y limitado.

4.4. Es limitado.

Respecto a esta característica del Recurso de Casación, se debe precisar que dos son las razones: la primera, porque solo procede contra ciertas sentencias y/o autos y, la segunda, porque solo puede denunciarse los motivos preestablecidas por la ley.

De esta forma, la casación no solo es extraordinaria sino que limitada a los casos en que la ley señala, el Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 29364 en los artículos 386° y 387°, fija las causales y resoluciones contra las procede su interposición.

Dado el carácter limitado de la casación, se determina que el mismo no puede ser aplicado por analogía, es decir, no puede admitirse la casación por causal no prevista en la ley pero similar a una que sí lo está; otro argumento, lo encontramos en el principio general del derecho previsto en el inciso 9), del artículo 139° de la Constitución Política del Estado que señala: *“(...) El principio de inaplicabilidad por analogía (...) de las normas que restrinjan derechos (...)”*, así como, lo dispuesto en el artículo IV del Título

Preliminar del Código Civil que establece: “(...) *La Ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía (...)*”.

4.5. Es formal.

Otra característica del Recurso de Casación es ser formal, esto quiere decir que solo se admitirá si cumple con los requisitos formales que la ley señala para interponerlo, no es suficiente, denunciar una causal preestablecida por la ley para determinar su procedencia, sino que deben cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia; en tal sentido, el formalismo constituye un filtro que deben pasar los recursos antes que sean resueltos en el fondo por la Corte de Casación, con el objeto de evitar o controlar la sobrecarga de la Corte Suprema.

El Código Adjetivo, modificado por la Ley N° 29364, en sus artículos 387° y 388°, establecen los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso de casación, respectivamente.

Con la modificatoria del Código Procesal Civil por la Ley N° 29364, publicada el 28 de mayo de 2009, es la Corte Suprema la que califica el recurso, es decir verifica que este cumpla los requisitos de admisibilidad y procedencia, función que tenía antes la Sala de Vista.

4.6. Es especial.

Esta característica del Recurso de Casación, quiere decir que solo procede contra las sentencias y/o autos que tengan un error de derecho (*in iudicando*) o uno referido al proceso (*in procedendo*); como se estableció desde su concepción en Francia, no procede contra las sentencias que tengan un error de hecho; por lo tanto, la especialidad del recurso de casación esta justificada por su finalidad en la que no se admiten los errores de hecho.

La doctrina justifica la discriminación de las sentencias con error de hecho, bajo el argumento que al casar o anular dichas sentencias implicaría desconocer el derecho que tiene el Juez de juzgar según su sana crítica y el principio de valoración de la prueba.

Por otro lado, como se mencionó líneas arriba la Corte Suprema no es una tercera instancia judicial en la cual deban ventilarse cuestiones de hecho y prueba, ya que no constituye instancia; sin embargo, veremos más adelante, que esto no está exacto en nuestro ordenamiento procesal.

Podemos concluir, que revisar los hechos y las pruebas a través del Recurso de Casación, significa quitarle el carácter extraordinario para convertirlo en otro medio impugnatorio ordinario.

5. Diferencias entre el Recurso de Nulidad y la Acción de Revisión

El Recurso de Casación, como ya lo hemos comentado en páginas anteriores, constituye un medio impugnatorio extraordinario que hace posible que los jueces de la más alta jerarquía del Poder Judicial juzguen a los jueces de instancia fundamentalmente para verificar que hayan aplicado adecuadamente el derecho objetivo al caso concreto y lograr que la jurisprudencia nacional se uniformice por la Corte Suprema de justicia de la República; en su esencia, no tiene como propósito valorar los medios probatorios para dirimir la controversia.

Este medio impugnatorio para ser admitido tiene que proponerse, invocando las causales señaladas por el artículo 386° del Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 29364, las que además deben fundamentarse adecuadamente, todo esto le da la categoría de recurso extraordinario.

5.1. El Recurso de Nulidad.

El Recurso de Nulidad previsto por el derogado Código de Procedimientos Civiles, en el fondo, constituye una segunda apelación, cuyo conocimiento corresponde a las Salas Especializadas de la Corte Suprema, dicho medio impugnatorio, tiene como finalidades: por un lado, controlar la

correcta observancia y aplicación de las normas de orden procesal; y por otro lado, evaluar por la instancia suprema los medios probatorios para emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

En materia civil, tratándose de la primera finalidad, si se declara fundado el recurso, la Sala repone la causa al estado en que haya ocurrido la irregularidad procesal; y tratándose de la segunda finalidad, si se declara fundado el recurso, la Sala se pronuncia sobre el fondo de la controversia, amparando o desamparando la demanda.

El Recurso de Nulidad regulado por el Código de Procedimientos Civiles era viable contra las sentencias y otras resoluciones dictadas por las Salas Civiles de las Cortes Superiores en revisión de lo resuelto por los Juzgados en lo Civil.

Este recurso, cabe anotar no requiere de una fundamentación, como ocurre tratándose del recurso de casación, pues la ley no lo exige.

5.2. Acción de Revisión.

El Código de Procedimientos Penales peruano regula el denominado Recurso de Revisión, que alguno autores no lo consideran como tal, sino como una acción especial o un petitorio singular; en efecto, no constituye recurso por cuanto su proposición se formula luego de finalizado el proceso correspondiente, cuando se haya producido en él sentencia final firme, y que tiene como objetivo invalidar esa sentencia que ha adquirido la calidad de cosa juzgada. La revisión no se basa ni debe basarse en errores de derecho en que se hubiera incurrido en el proceso fenecido, ni tampoco debe apoyarse en los hechos acreditados con el uso de los medios probatorios obrantes en el proceso cuya decisión final se pretende revisar.

Este pedido especial tiene que sustentarse en hechos que se evidencien con nuevos medios probatorios, que naturalmente no se conocían durante el desarrollo del proceso fenecido, hechos que deben demostrar que si se

hubieran conocido antes de la emisión de la sentencia la decisión habría tenido otro sentido.

Al respecto los autores SÁNCHEZ HERRADA y VELÁSQUEZ NIÑO³⁷ escriben: *"La revisión es una acción procesal que pretende remover, mediante un nuevo debate probatorio, la sentencia condenatoria o absolutoria y las providencias de preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento que se encuentren ejecutoriadas, cuando las mismas resulten ser injustas por haber sido proferidas teniendo como base un error de hecho sobre la realidad material. El fundamento para ejercitarla debe ser un error judicial de hecho que no dé lugar a violación indirecta de la ley sustancial, es decir, no es un yerro dado por la apreciación probatoria del funcionario -aquí el equívoco es sobre la verdad proceso- sino sobre la verdad histórica, real o material, es decir, que se fundamenta en la disparidad entre los hechos declarados en la decisión y los realmente acaecidos"*.

Este instituto procesal está regulado por el artículo 361º y siguiente del Código de Procedimientos Penales.

El Código Procesal Penal regula la figura procesal en comento, denominándola "Acción de Revisión", este Código, trae una novedad cuando señala que es posible la revisión de sentencias condenatorias, en todo tiempo: *"Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria en un proceso que no podía promoverse, o no debió proseguirse, al haber operado la prescripción de la acción penal u otra causal de extinción"*.

Cabe anotar, que la Acción de Revisión sólo es viable contra sentencias condenatorias que hayan adquirido la calidad de cosa juzgada, en tanto que, los Recursos de Casación y de Nulidad sólo son viables, entre otros, contra sentencias que no han adquirido tal calidad; conforme el inciso 1) del artículo 387º del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364 el Recurso

³⁷ VELÁSQUEZ NIÑO, Jorge y SÁNCHEZ HERRADA, Esiquio Manuel, *Casación. Revisión y tutela en materia penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1995, p.112.

de Casación se interpone: “(...) *Contra las sentencias y autos expedidos por las salas superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso*”.

6. Sistemas de Casación

6.1. Italia.

La Casación Italiana es heredera directa de la casación Francesa, la doctrina señala que es la que más fiel se ha mantenido a sus orígenes; es a partir de 1940 y 1941 con la expedición del *Codice di procedura civile*, y el *Ordinamento giudiziario*, y con la Constitución Republicana de 1948 que este sistema adquiere sus rasgos propios dentro de su sistema democrático.

El recurso de casación italiano es de naturaleza extraordinaria cuya finalidad principal es la defensa del *ius constitutionis*; por lo tanto, se trata de un medio impugnatorio extraordinario, a través del cual, la parte recurrente puede lograr la protección del ordenamiento jurídico, a través de la elaboración de una jurisprudencia uniforme por la Corte de Casación, único órgano jurisdiccional ubicado en la cima del sistema.

En este sistema, la doctrina ha señalado respecto a las resoluciones recurribles en casación, que este recurso sólo se admite contra las resoluciones que teniendo naturaleza decisoria sobre el derecho de la parte, tengan carácter definitivo, esto es, que la casación represente la última posibilidad de tutela jurídica del litigante.

En cuanto a las causales o motivos del citado recurso, el sistema italiano recoge cinco causales, cuatro procesales y una sustantiva, admitiéndose la llamada casación por salto (*per saltum*), la cual no recoge como motivo casacional la violación de la jurisprudencia, por lo tanto, la no aplicación de los precedentes por la Sala de mérito no es susceptible de casación; en ese sentido el artículo 383.1 *Codice di procedura civile*, ha establecido los casos en que el reenvío debe realizarse a un juez de la misma categoría pero diferente del que dictó la resolución recurrida.

FERNANDO DE LA RÚA³⁸ escribe: “Al unificarse el Reino de Italia, la

Casación se incorporó al ordenamiento judicial y fue regulada en el Código de procedimientos civiles de 1865. Pero no existía entonces una casación única, sino que se mantuvieron cinco casaciones regionales: Turín, Florencia, Roma, Nápoles y Palermo. Gracias a la prédica de la doctrina, principalmente por obra de Calamandrei, se logra la unificación por la ley del 24 de marzo el 1923, N° 601, en concordancia, como se ha señalado, con la exaltación de la autoridad del Estado a través del régimen público”.

Cabe precisar, que la Corte de Casación no se pronuncia sobre el fondo del asunto, como si fuese tercera instancia, sino que en caso de estimar el recurso, reenvía las actuaciones al juez inferior para que este se pronuncie nuevamente sobre el fondo; sin embargo, existe un caso en la que la Corte de Casación puede resolver sobre el fondo del asunto sin necesidad de reenvío, esto es cuando no es necesario más averiguaciones sobre los hechos, pues las instancias de mérito han agotado suficientemente el caudal probatorio, en consecuencia dicta sentencia por no ser necesarias más investigaciones sobre dichos hechos, o en casos de jurisdicción o competencia.

6.2. España.

Es a partir de de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 que se reguló propiamente el Recurso de Casación civil, que se fundó tanto en motivos o causales *in iudicando* como *in procedendo*, donde la jurisprudencia también tuvo como finalidad la Nomofilaxia, pues se dispuso la publicación de las mismas en la *Gaceta de Madrid* insertándose en la *Colección legislativa*.

Cabe anotar que la citada ley no tuvo una existencia pacífica, pues a los pocos años de su promulgación fue modificada primero por la Ley

³⁸ DE LA RÚA, Fernando. *El Recurso de Casación, En el Derecho Positivo Argentino*. Víctor P. de Zavallía- Editor, Buenos Aires, 1968, pp.60-61.

promulgada el 30 de abril de 1964 y luego por la Ley promulgada el 18 de junio de 1970, en esta última se varió la redacción de los motivos de casación y se mantuvo la idea del no reenvío cuando se estimara un motivo por infracción de la ley.

El 22 de abril de 1878 se publicó la ley de casación civil, antecedente directo de la Ley de 1881 (Ley de Enjuiciamiento Civil) que entró en vigencia el 01 de abril, que trajo consigo varias novedades siendo la más resaltante en mi opinión *la censura del error de hecho en la apreciación de la prueba* lo que constituyó una nota particular de la casación española; dicha Ley sería modificada por la Ley 34/1984 del 06 de agosto, y luego por la Ley 10/1992 del 30 de abril, que dispuso entre otras modificaciones la supresión definitiva del motivo de casación que sancionaba *el error en la apreciación de la prueba* con la finalidad de disminuir la carga del Tribunal Supremo, medida que fuera criticada por la doctrina pues consideraron que desnaturalizaba la casación como verdadero recurso jurisdiccional.

Mediante la Ley de enjuiciamiento civil N° 1/2000, los legisladores intentaron volver a la antigua distinción entre casación por infracción de la ley y por infracción de la forma, que ya había sido superada en 1984, se intentó crear el *recurso extraordinario por infracción procesal* que debería ser conocido y resuelto de forma irrevocable por las Salas Superiores, y por otro lado, el recurso de casación por infracción de las normas sustantivas que conocería la Sala Suprema.

Asimismo, se pretendía que el recurrente en el decurso del proceso optase por el recurso de apelación o de casación, no siendo posible que el mismo recurrente interponga ambos recursos.

Como se aprecia, se generaron dos recursos que perteneciendo a la misma familia, siendo de naturaleza análoga, tenían diferente finalidad, lo que hacía imposible que el recurso de casación sirviera a la finalidad nomofiláctica; primero, porque el Supremo Tribunal sólo conocía de una

parte del ordenamiento jurídico, esto es la infracción de normas sustantivas; segundo, por la posibilidad de que existan numerosas interpretaciones de la Ley procesal debido a la gran cantidad de Tribunales Superiores; tercero, porque las sentencias de las Salas Superiores no son recurribles en casación ante la Corte Suprema; y cuarto, porque sólo se mandaban publicar las sentencias dictadas por la Corte Suprema al conocer los *recursos en interés de la ley*, con el fin de controlar la dispersión jurisprudencial de las Salas Superiores en la aplicación de normas procesales.

Cabe anotar, que la nueva competencia de las Salas Superiores no entró en vigor, por un tema político, razón por la que, la casación en su integridad sigue siendo competencia de la Corte Suprema.

El profesor HURTADO REYES³⁹ escribe lo siguiente sobre la Ley N° 01/2000: *“Con la nueva LEC se establecen como recursos: el de casación y el extraordinario por infracción procesal, para la cual se varían las competencias: el recurso de casación lo debe resolver el Tribunal Supremo y el recurso extraordinario por infracción procesal es de competencia de los Tribunales Superiores de Justicia... Esta es la novedad de la LEC, quitarle la competencia al Tribunal Supremo de la antigua casación por vicios de forma, dejándole solo el conocimiento del tema de fondo... Como ocurre normalmente en los sistemas judiciales la enorme carga de asuntos pendiente de resolver en los Tribunales hace que se propongan vía legislativa nuevos mecanismos procesales para superar el problema... Esta es la novedad que trae la LEC 1/2000 introducir dos recursos diferentes que antes eran de competencia de un mismo Tribunal para distribuir la competencia, quedando fuera los temas relacionados a infracción de normas procesales... En España ha ocurrido un fenómeno especial con relación a la vigencia total de la LEC 1/2000, concretamente con relación a las disposiciones referidas al recurso de casación y al recurso extraordinario por*

³⁹ HURTADO REYES, Martín. *La Casación Civil. Una aproximación al control de los hechos*. Editorial Moreno S.A., Lima, 2012, pp.49- 67.

*infracción procesal. La fórmula legislativa propuesta por el legislador de la LEC 1/2000...se ha visto, frustrada, ello debido a que a la fecha no han entrado en vigencia las competencias de los Tribunales que deben conocer el REPIP⁴⁰ (han transcurrido aproximadamente 12 años). El problema ha surgido a raíz de las atribuciones y competencias establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial para los órganos jurisdiccionales, concretamente porque no se han establecido facultades expresas en ella para que los Tribunales Superiores de Justicia puedan conocer y resolver el REPIP...En tal sentido, mientras no se dé la modificación legislativa necesaria, se habla de un **régimen provisional** de esta parte del Código, que ya va durando más de una década, pasando de provisional a permanente por la falta de voluntad política”.*

Al respecto CARRION LUGO⁴¹ comenta: “(...) En España, en su concepción contemporánea, en lo que interesa anotar para este comentario, se establecen dos tipos de causales del recurso de casación, que en lo sustancial ha sido heredado por la legislación latinoamericana. Por un lado se concibe como causal la violación o la infracción de la ley y la doctrina legal, donde se controla la labor de aplicación e interpretación de las normas jurídicas ejercida por los organismos de instancia o de mérito, y por otro lado, se concibe como causal el quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento, donde se controla la correcta observancia de las normas procesales por las instancias judiciales. He aquí una nota característica de la casación en España, que lo distingue de los modelos francés e italiano; tratándose de vicios in iudicando el Tribunal Supremo no sólo casa la resolución impugnada, sino también compone el litigio, resuelve la controversia, como cualquier tribunal de instancia o de mérito. Por ello se señala como otra nota de la casación española, su evidente jurisdiccionalidad, en el sentido de que el ente casador es considerado como un ente judicial (y no político, como en Francia, en sus orígenes), concebido como un organismo destinado a dirimir las controversias de los litigantes (...).

⁴⁰ Recurso extraordinario por infracción procesal

⁴¹ CARRION LUGO, Jorge. *El Recurso de Casación en el Perú*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003; Vol. I; pp. 13-24.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de España (N° 1/2000) concibe el recurso de casación únicamente para tratar de la contravención de normas de derecho material aplicables para resolver las cuestiones sustantivas objeto del proceso. (...) La nueva Ley consagra el sistema casatorio netamente jurisdiccional, en contraste con los orígenes del recurso, que fue político, extrajudicial y, fundamentalmente, lo circunscribe a la finalidad originaria del medio impugnatorio, la nomofiláctica, es, al control de la correcta aplicación de la norma sustantiva aplicable al caso (...)."

6.3. Francia.

Cabe destacar, que la casación francesa está regulada en el *Nouveau code de procédure civile*, bajo la denominación de *le pouvoir de cassation* que significa examinar atentamente.

Para la doctrina francesa, este recurso es de naturaleza especial, que no constituye una vía de retractación, pues no juzgan los mismos jueces que en la instancia, ni es una vía de reforma, pues no se examina por entero y de nuevo el proceso. La Corte de casación no tiene por función el localizar errores jurídicos, sino que su examen debe limitarse a las causales invocadas por el recurrente, es decir se dedica sólo a valorar la corrección jurídica de la sentencia de vista impugnada; por lo tanto, se puede concluir, que el recurso de casación tiene como propósito esencialmente el interés general de la sociedad, es decir, el interés público (*ius Constitutionis*).

La casación francesa no tiene una clara división entre infracción de forma y de fondo, pues sigue la tendencia germánica del motivo único, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de hacer un listado de los supuestos y motivos en los que cabe plantear el anotado recurso; este sistema prevé el reenvío el que siempre se debe realizar a un tribunal distinto del que dictó la resolución recurrida.

En este sistema no se ha adoptado la *summa gravaminis*, que si aplica nuestro ordenamiento jurídico, por considerar que este filtro es discriminante e inconstitucional ante la desigual situación de acceso a la casación.

Al respecto CALAMANDREI ⁴² escribe: “(...) *Legislaciones que aceptan el Sistema de la Casación en su Forma Originaria (Casación Francesa): (...) ha parecido absolutamente necesario, para estar en condiciones de entender la posición dogmática de la Casación en el derecho procesal italiano, examinar ampliamente el nacimiento y el desarrollo del instituto en el derecho francés y su madurez en el derecho germánico, nos alejaríamos verdaderamente de nuestro objeto si quisiéramos repetir en cuanto a todas las legislaciones contemporáneas el minucioso estudio que se ha llevado a cabo en las páginas precedentes en cuanto a Francia y a Alemania; será, por tanto, suficiente pasar aquí revista rápidamente a las legislaciones procesales de los importantes Estados contemporáneos anteriores a la guerra, a fin de fijar, en un cuadro esquemático y resumido, cuál ha sido, en el espacio, la difusión del instituto que aquí se estudia. Bastarán pocas indicaciones sumarias en cuanto a cada legislación, para dar una idea del sistema adoptado en los distintos derechos positivos, y si en alguna legislación encontramos, en relación al tema, alguna disposición de detalles que parezca digna de observación, la estudiaremos más adelante, en la parte dogmática de este trabajo, al hacer el comentario de los artículos singulares de nuestro derecho positivo que acompañaremos con las oportunas referencias a los artículos correspondientes de los Códigos extranjeros.*

Las legislaciones procesales de los Estados contemporáneos pueden dividirse, tomando como criterio de clasificación la aceptación del sistema de la Casación, en tres grupos.

a) *Legislaciones que aceptan el sistema de la Casación imitándolo directamente de Francia;*

⁴² CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina, 1945; T.I. Vol. II; pp. 259-267.

b) Legislaciones que aceptan del proceso germánico la idea fundamental, derivada de la Casación francesa, de un supremo órgano judicial destinado a mantener la uniformidad de la interpretación jurisprudencial;

c) Legislaciones que no aceptan el sistema de la Casación, ni en su forma originaria francesa, ni en la forma derivada germánica (...)."

6.4. Alemania.

El Recurso de Revisión, se halla fundamentalmente en dos documentos: El Reglamento sobre el recurso de *Revisión* y en la *Nichtigkeitsbeschwerde* del 14 de diciembre de 1833; reglamento que constituye el origen del sistema de recursos alemán actual, este último considerado como recurso híbrido de casación francesa y de la querella nullitatis del derecho común, que después modificaría su nombre por el de *Revisión* en la Zivilprozessordnung (ZPO) de 1987; además se debe tener presente que a la fecha Alemania es una federación de estados, por lo que, cada una de ellas posee su propia legislación con sus propios órganos jurisdiccionales, en cuyo vértice se ubican los Tribunales Superiores Estatales. Así también, poseen un Derecho Federal aplicable a todo el territorio Alemán, en el que ubicamos al recurso de revisión cuyo conocimiento corresponde al Tribunal Federal de Justicia, máximo órgano judicial del Estado.

La doctrina de dicho país ha calificado a la Revisión Alemana como una tercera instancia, en la que las partes no pueden formular nuevas pretensiones, diferentes a las expuestas durante las instancias, por lo que, no pueden cambiarse los hechos probados en la instancia inferior y tampoco ser alegados, salvo excepciones, nuevos hechos en casación. Pese a lo dicho, se ha establecido que el anotado recurso es de naturaleza casacional, ya que a pesar de las peculiaridades que posee, y que lo diferencia de la casación clásica, pues, el conocimiento del órgano jurisdiccional está limitado al derecho, así como, a las pretensiones anulatorias del recurrente.

Este sistema al igual que el español actual, alterna el sistema del motivo único, con un listado de motivos *in procedendo*, pero la diferencia con la legislación española, es que el motivo único puede ser *in iudicando* o *in procedendo*.

En conclusión, la única diferencia de la Revisión Alemana, con el Recurso de Casación clásico, es el carácter de tercera instancia pleno en lo jurídico.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LA CASACIÓN

1. Los Medios de Impugnación

Es el mecanismo que la ley otorga a las partes del proceso para que pidan al Juez que conoce la causa u otro de mayor jerarquía, realice un nuevo examen de todo el proceso o de un acto procesal en específico, a fin de que éste sea anulado o revocado total a parcialmente.

Cabe destacar, que la nueva revisión también puede tratarse de un nuevo proceso en el que se solicita se revise lo realizado en el anterior.

La doctrina ha establecido que los medios impugnatorios se clasifican en: Remedios y Recursos; los primeros están orientados a atacar todo tipo de acto procesal, excepto aquellos contenidos en resoluciones, son considerados remedios la oposición, la nulidad de un acto procesal, etc.; mientras que los recursos, se utilizan para cuestionar los actos procesales contenidos en la resoluciones; estos medios impugnatorios están regulados en el artículo 386° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, cabe anotar que la nulidad también es recurso, por ejemplo la nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta.

Cabe precisar, respecto a los recursos que estos pueden clasificarse en: Propios e Impropios; el primero se da cuando el recurso lo resuelve el superior jerárquico de aquel que emitió la resolución impugnada; estos a su vez se clasifican en positivos o negativos, es positivo cuando el Juez Superior puede declarar la ineficacia del contenido de la resolución impugnada y además puede declarar el derecho que corresponde; y, será negativo cuando el Juez Superior deja sin efecto la resolución impugnada y ordena que el juez inferior expida nueva decisión.

Los recursos impropios, se caracterizan porque son resueltos por el propio Juez que emitió la resolución impugnada.

La doctrina francesa clasifica a los recursos en: Ordinarios y Extraordinarios; los primeros se conceden simplemente con argumentar que la resolución impugnada ha sido emitida con vicio o error; mientras que para los extraordinarios, el ordenamiento jurídico exige cierto tipo de requisitos de admisibilidad y procedencia que van a determinar que sean concedidos y por ende calificados, un ejemplo es el *recurso de casación*.

Sobre los medios impugnatorios, CALAMANDREI⁴³ escribe: “(...) Como quiera que cada uno de los medios de impugnación, aun teniendo características propias que constituyen su individualidad procesal, posee, sin embargo, algún rasgo genérico en común con todos o con parte de los otros, se presenta la posibilidad de las más variadas agrupaciones, ya que de uno cualquiera de los caracteres comunes en parte, aun cuando sea extrínseco y accesorio, puede derivarse un criterio de clasificación; pero se obtendrán, así, agrupaciones artificiales y no inspiradas en una real afinidad de sustancia: lo mismo que ocurre cuando la doctrina, distinguiendo entre medios de retractación y medios de reforma (...), esto es, entre medios que dan lugar a que se siga nuevamente la causa ante el mismo juez que ha pronunciado la sentencia impugnada (oposición contumacial, oposición de tercero, revocación), y medios que dan lugar a que se siga ante un juez superior (apelación, recurso de casación), (...). Otras clasificaciones se podrían obtener modificando el punto de vista (...); pero la única que tiene una base en el derecho positivo, y, al mismo tiempo, en una razón intrínseca de distinción, es la adoptada por el Art. 465° del CPC, según el cual “los medios para impugnar las sentencias son ordinarios y extraordinarios. (...)”

Es evidente que estas diferencias, puestas de relieve por la doctrina, entre el grupo de los medios ordinarios y el de los medios extraordinarios

⁴³ CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945; T. II. Bosquejo general del Instituto; pp. 223-233.

para impugnar las sentencias, son semejantes (...) a algunas de las que en lugar oportuno (en el n. 89) he puesto de manifiesto, al enumerar los caracteres diferenciales que existen entre los medios de gravamen y las acciones de impugnación; por lo que sin necesidad de repetir aquí las observaciones hechas entonces, me parece que, teniendo ya bien precisado el concepto de estos dos términos contrapuestos, se puede afirmar que la diferencia entre los medios ordinarios y los extraordinarios para impugnar las sentencias consiste en que los primeros son medios de gravamen, mientras los otros son acciones de impugnación. (...) Esta diversidad es tan profunda que las legislaciones procesales más modernas no sólo no han descuidado la distinción, sino que la han acentuado hasta el punto de considerar como medios para impugnar las sentencias solamente aquellos que tengan los caracteres de un medio de gravamen en el sentido precisado por mí, mientras tratan aparte de los institutos que responden mejor a la naturaleza de una acción de impugnación (...)."

Como podemos apreciar, los medios impugnatorios se caracterizan porque se utilizan al interior de un proceso, y pueden tener como objeto, indistintamente, revocar o anular un acto procesal; en el caso de la revocación, el motivo del medio impugnatorio es hacer perder la eficacia y sustituir la decisión o mandato contenido en el acto procesal impugnado; mientras que en el otro caso, se busca la nulidad de la resolución impugnada cuando se acredite el vicio denunciado, disponiendo que la instancia inferior emita nuevo fallo.

Cabe precisar que el recurso de casación produce efecto revocatorio o anulatorio, dependiendo de la causal o motivo denunciado.

VILLALOBOS CABALLERO⁴⁴ respecto al recurso de casación escribe: *"(...) Es un medio impugnatorio extraordinario, concedido a las partes para que la Corte de casación deje sin efectos sentencias o resoluciones*

⁴⁴ VILLALOBOS CABALLERO, Andrés. *La Casación en el Código Procesal Civil de 1993*. Reditorial Imprenta RC S.R.L., Lima, 1996, pp. 44-45.

expresamente admitidas por la ley, que contengan error de derecho.

Es extraordinario porque se funda en causas taxativamente señaladas por la ley aunque, al igual que en los ordinarios, tiene un trasfondo de interés público como privado. En el extraordinario, adquiere una mayor relevancia este último elemento, ya que en ella van implícitos intereses superiores a los de las partes, como son la correcta aplicación del derecho positivo y el derecho a la igualdad ante ella que tienen todos los justiciables (...). El recurso extraordinario, en cambio, a diferencia es concedido cuando ya se agotó la doble instancia, salvo permisibilidad legal. Como el caso de la casación per saltum, su exigibilidad para su admisibilidad y procedencia es mayor, siendo su continencia o ámbito de conocimiento, las cuestiones de derecho, que hayan sido debidamente alegadas por la parte que interpuso el recurso (...)."

2. Requisitos del Recurso de Casación

Los requisitos de admisibilidad de un acto procesal, son los elementos formales que le permiten producir efectos dentro de un proceso, mientras que, los requisitos de procedencia son los elementos de fondo cuya presencia es esencial para que el acto procesal tenga tal calidad.

Los requisitos de admisibilidad, son aquellos referidos con el lugar, el tiempo y la formalidad de su interposición. Y los requisitos de procedencia conforme la doctrina son tres: "La adecuación del recurso, la descripción del agravio y la fundamentación del vicio o error".

Cabe anotar, que los requisitos de admisibilidad y procedencia del Recurso de Casación están regulados por los artículos 357° y 358°, del Código Procesal Civil modificados por la Ley N° 29364, y los efectos de su incumplimiento en el artículo 359° del mismo cuerpo legal.

En cuanto a los requisitos de admisibilidad y procedencia del Recurso de Casación, podemos señalar que se define el carácter extraordinario,

cuando como requisito de forma se establece que el accionante pueda interponer dicho recurso ante la Sala Superior que emitió la sentencia impugnada o ante la Corte Suprema directamente, debiendo remitir la Sala de mérito sin más trámite el expediente en el plazo de tres días a la Corte Suprema, cuando el recurso sea presentado ante ellos, tal como lo regula el numeral 2) del artículo 387° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, considero que los demás requisitos de admisibilidad no son excepcionales. Por otro lado, el carácter extraordinario del recurso en estudio, se define con los requisitos de procedencia o fondo, regulados por el artículo 388° del citado Código, entre los que se encuentran, el no haber consentido la sentencia de primera instancia cuando le fuera adversa, el describir con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento inmotivado del precedente judicial, etc.

MARCHESE QUINTANA⁴⁵ señala lo siguiente: “(...)

El recurso de casación tiene, además, dos requisitos de procedencia que le son propios:

f) Motivación del Recurso. (...) Si bien el artículo 358° del Código Procesal Civil exige la motivación para todos los medios impugnatorios, en casación tiene una importancia capital. Esto se debe a que, en casación, además del perjuicio sufrido por la parte que lo interpone, este debe ser consecuencia de que en la Resolución se haya incurrido en error de Derecho, es decir, que debe existir una relación de causalidad entre el error de derecho incurrido en la resolución y el fallo, y por esto, el recurrente debe indicar cual es el error de derecho en que se ha incurrido. Asimismo, la impugnación provocada por el recurso de casación no se refiere a todas las cuestiones de derecho aplicadas en la resolución impugnada, sino solamente a aquellas que han sido invocadas en el recurso.

En este sentido, la casación es una excepción al principio iura novit curia (el derecho lo sabe el juez) (...). Este principio se encuentra en el

⁴⁵ MARCHESE QUINTANA, Bruno. *La Casación Civil*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. T.I. Lima, 1997, pp.61-63.

artículo VII del Título Preliminar del Código Civil y en el mismo artículo del Código Procesal Civil. Esta excepción tiene por objeto centrar el debate para que así el examen de la Corte esté más limitado y preciso, cobrando vital importancia la motivación del recurso de casación (...). Pensamos que no debe hacerse esta excepción en caso del error in iudicando. Como señalamos en el punto anterior, el único caso que corre el peligro de transmitirse a otros fallos es el error in iudicando y si la Corte dejara de casar la resolución por no haberse alegado un error de este tipo que efectivamente existe en dicha resolución, no cumpliría sus fines de unificación de la jurisprudencia. Además, esta excepción genera que el resultado del recurso dependa de la habilidad y conocimiento del abogado que patrocina al recurrente, lo que limita a las personas de escasos recursos que no podrán contratar a especialistas en la materia.

Encontramos pues, en la casación, una autolimitación al cumplimiento de sus propios fines que debe desaparecer, permitiendo la aplicación del principio iura novit curia por la Corte en caso de error in iudicando.

g) Que el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuándo ésta fuera confirmada por la resolución objeto del recurso. (...) Cuando una de las partes se considera agraviada con una resolución debe impugnarla, manifestando así su disconformidad, de lo contrario queda consentida respecto de ella. En consecuencia si por la apelación de la otra parte la sentencia de primera instancia es revisada por la Sala competente de la Corte Superior y confirmada por ella, es decir, que mantiene el mismo pronunciamiento sin variación alguna, pues la parte que no impugnó la sentencia de primera instancia no podrá impugnar en casación la sentencia de la Corte Superior, pues dispone exactamente lo mismo que la de primera instancia que ha quedado consentida por él (...)"

3. Efectos del Recurso de Casación

Conforme la doctrina la impugnación tiene tres efectos: el suspensivo, el devolutivo y el extensivo, en este caso corresponde analizar el

suspensivo, pues el artículo 393° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, establece: “*La interposición del recurso suspende los efectos de la resolución impugnada (...)*”.

El efecto suspensivo regulado por nuestro ordenamiento procesal, impide que la resolución judicial impugnada adquiera la calidad de cosa juzgada, en consecuencia que se pueda ejecutar de forma inmediata lo resuelto en ella.

En estos casos, la eficacia de lo resuelto en la resolución impugnada se difiere hasta que sea resuelto de forma definitiva, es decir, hasta que se agoten los medios impugnatorios que se puedan hacer valer contra lo resuelto.

Cabe anotar, que el *A quo* desde que se admite el medio impugnatorio deja de conocer el proceso principal, sin embargo puede dictar medidas cautelares si la decisión favoreció a una de las partes.

La doctrina nacional ha cuestionado que la Ley N° 29364 no haya establecido excepciones a dicho efecto, dada la excesiva carga procesal de la Corte Suprema, y al hecho de que el citado recurso es interpuesto como maniobra dilatoria por la parte que viene perdiendo en el proceso; sin embargo, no proponemos su eliminación, pues podría darse con frecuencia el caso que el recurso de casación declarado fundado, pierda toda viabilidad de ejecutarse como consecuencia de la ejecución previa de la sentencia de segunda instancia.

En consecuencia, conforme la doctrina nacional y la tendencia de los ordenamientos procesales modernos, se debe mantener el efecto suspensivo solo para aquellas sentencias que no contengan obligaciones de dar, hacer y no hacer y que tenga la posibilidad de reversibilidad; debiendo mantenerse el efecto suspensivo en aquellos casos en que no se pueda ejecutar lo decidido hasta lograr la cosa juzgada.

Esta propuesta ha sido recogida por la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 en su artículo 38° donde establece: “*La interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de las sentencias. Excepcionalmente, solo cuando se trate de obligaciones de dar suma de dinero, a pedido de parte y previo depósito a nombre del juzgado de origen o carta fianza renovable por el importe total reconocido, el juez de la demanda suspende la ejecución en resolución fundamentada e inimpugnable (...)*”.

CAPÍTULO III

LOS MOTIVOS DE CASACIÓN

La existencia de las causales o motivos constituyen un requisito necesario que sirve de base al medio de impugnación extraordinario, pues le otorga sentido, es la razón de ser en las pretensiones del recurso, es lo que le va permitir a los magistrados dictar sentencia.

Para la doctrina línea que compartimos, el motivo o causal de casación es la justificación objetiva del recurso, condición esencial, que pueden ser varios y de distinta naturaleza, para que una sentencia sea casada es necesario que subsista un motivo de casación.

Como se ha manifestado anteriormente, el recurso de casación tiene como una de sus características la formalidad, en este caso, estar limitado por los motivos o causales de casación.

La casación en general no se conforma con que exista un interés legítimo, sino que tiene que existir una causa, no existiendo una sola categoría de los motivos de casación.

El autor FAIREN GUILLEN⁴⁶ escribe: *“los recursos ordinarios no exigen para su apertura motivos específicos ni limitan las potestades del tribunal ad quem, mientras que los recursos extraordinarios exigen para su apertura, motivos específicos fijados por la ley, y en los que se limita las facultades de conocimiento del tribunal ad quem”*.

Respecto a los motivos de casación CALAMANDREI⁴⁷ explica:“(…),

⁴⁶ FAIREN GUILLEN, Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal*. Librería Bosch, Barcelona, 1990.

⁴⁷ CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945; T.I., Vol. I. p. 365.

*desde un punto de vista procesal, se comenzó pronto a distinguir entre las ordenanzas que regulaban el desarrollo y las formas de los juicios y las ordenanzas que regulaban, por el contrario, materias de derecho privado sustancial, y, como consecuencia de tal distinción, se comenzó a percibir la diferencia entre la contravención cometida por el juez contra la ordenanza que regulaba su actividad en el procedimiento (**error in procedendo**) y la cometida por él contra la ordenanza que regulaba la relación de derecho sustancial sometida a juicio (**error in iudicando**). Se comprende así cómo nació la contraposición que se encuentra, aunque con diversa forma, en casi todos los autores citados, entre el caso en que durante el procedimiento il a été omis quelque une des formalités prescrites par les ordonnances à peine de nullité y el caso en que la sentencia contient des dispositions directement contraires à celles des ordonnances ou des coutumes (...): estos dos casos no eran en sustancia más que dos diversas configuraciones de contravention aux ordonnances, pero en el primer caso se agrupaban todos aquellos vicios de construcción inherentes al proceso que en el derecho común habían constituido la parte más relevante de los motivos de nulidad (...)*".

Cabe precisar, y conforme lo señala la doctrina nacional, que es a través del error de derecho que se constituyen las causales o motivos de casación. En este caso, el error de derecho no está referido al que se regula en el artículo 201° o en el inciso 3) del artículo 202° del Código Civil, etc., sino al error en el sentido procesal, es decir, la equivocación entre lo que el Juez hizo y lo que debió hacer vinculado a la cuestión jurídica.

El error de derecho se clasifica en: vicios *in procedendo* y los denominados *in iudicando*.

1. Errores In Procedendo

Los vicios o errores *in procedendo*, consisten en contravenciones a preceptos de derecho procesal que fijan límites a las facultades del Juez, o establecen la forma en que debe realizarse la actividad procesal durante todo el proceso.

Para CALAMANDREI⁴⁸: “(...), estos pudieron en su origen dar lugar a casación sólo en cuanto derivasen de una contravención a una ordenanza: de los múltiples vicios procesales que el derecho común había considerado como causas de nulidad, fueron motivos de casación sólo aquellos que chocaban contra una regla expresamente establecida por los reyes franceses para regular el proceso. De tales casaciones por contravenciones a reglas de procedimiento se tiene una serie notabilísima en la colección de Arrêts del Consejo de BORNIER que ofrece como apéndice a sus Conférences (...); y en algunas de estas decisiones es fácil sorprender el particular punto de vista, partiendo del cual el derecho francés comenzó a admitir como motivos de casación algunas nulidades procesales (...). Ocurre así que mientras en su origen fueron motivo de casación sólo aquellas nulidades procesales que derivaban de una contravención a una ordenanza, poco a poco, por lenta evolución exclusivamente doctrinal, se convirtieron en motivos de casación todos aquellos vicios que el derecho común consideraba causa de nulidad, aun cuando no contuvieran una violación de una ordenanza real. Así los juristas franceses, al dar una interpretación procesal de aquel instituto que se había formado a través de especiales contingencias políticas, perdían de vista su razón inicial y ampliaban su significado a través de concepciones tradicionales del derecho común; y olvidando que el instituto había podido reprimir los vicios procesales solamente en cuanto pudiera apreciarse en él una oposición política entre el acto de los jueces y la voluntad del soberano, llevaron el recurso de casación a reprimir cualquier vicio ocurrido en la construcción del proceso, aun cuando como base del mismo no hubiese conflicto alguno entre el poder judicial y el monarca. La casación por error in procedendo perdía así poco a poco su naturaleza de reclamación contra el acto del juez y se iba aproximando, por obra de la doctrina, a una acción de impugnación por vicios procesales, o sea a la querela nulitatis (...), a pesar de que originariamente existiese una profunda diferencia entre los dos institutos (...).”

⁴⁸ Ibid., pp. 367-368.

2. Errores *In Iudicando*

Por otro lado, los vicios *in iudicando* responden a la finalidad característica del recurso, esto es, la finalidad o función Nomofiláctica y posteriormente la Uniformidad de la jurisprudencia; está referido a las violaciones y falsas aplicaciones e interpretaciones de la ley que contaminan el contenido de la sentencia, son errores cometidos al juzgar.

Al respecto CALAMANDREI⁴⁹ señala:“(…). *De momento, debo, en cambio, advertir que, así como en cuanto a los errores in procedendo la doctrina comenzó a admitir entre los motivos de casación también aquellos vicios procesales que no derivaban de un conflicto entre los jueces y la autoridad soberana, así también en cuanto a los errores in iudicando se llegó, poco a poco, a incluir entre los motivos de casación también la simple injusticia de in facto, aun cuando la misma no contuviese en modo alguno una contravención a la voluntad del rey manifestada en las ordenanzas (…).Ocurría así en la doctrina francesa algo semejante a lo que había ocurrido en la doctrina canónica a propósito de la nulidad por error de juicio; de la misma manera que en el derecho canónico, al concepto político, derivado del derecho romano, de nulidad por error contra ius constitutionis, se había sustituido el de nulidad ex capite notoriae iniustitiae (…), así en el derecho francés al concepto político de la casación por contravention aux ordonnances la práctica, bajo el influjo del interés privado, sustituía el de casación por cualquier injusticia lesiva de los derechos de las partes. Era ésta la necesaria consecuencia de aquella utilización de la iniciativa privada que los reyes franceses habían intentado en defensa de su soberanía al admitir a las partes para provocar la casación (...): la parte vencida en un juicio ante un Parlamento veía en la demande en cassation al Conseil, solamente un remedio procesal en defensa del interés propio, y perdía fácilmente de vista la finalidad política en virtud de la cual había nacido el instituto; y se sentía impulsada por tendencia natural a intentar la casación aun cuando faltasen los presupuestos para ello, y a ampliar los límites de este recurso de casación, cuyos caracteres originarios (...), no permitían*

⁴⁹ Ibid., pp. 369-371.

confundirlo con ningún otro medio de reclamación contra las sentencias, en un simple remedio procesal por mal fallo, dirigido a obtener en interés de las partes la revisión in iure e in facto de la sentencia(...): la línea característica de la casación se esfumaba; el lado procesal del instituto predominada poco a poco sobre el lado político (...)”.

Como se puede apreciar, el Recurso de Casación nació como medio de represión para los casos de Contravención de las Ordenanzas (*contravention ordonnances*), para posteriormente, evolucionar y pasar a reprimir las contravenciones a las ordenanzas de procedimiento (errores in procedendo) o a las contravenciones a las ordenanzas de derecho sustancial (errores in iudicando).

Cabe señalar que la doctrina reconoce un tercer tipo de error o vicio, llamado ***in cogitando***, o error lógico, o error de pensamiento, en que incurre el Juez al sustentar las razones que lo llevan a tomar su decisión o al valorar la prueba afectando los principios lógicos o las reglas de experiencia; parte de la doctrina nacional considera que es un error distinto al *in iudicando* e *in procedendo* y que, por tanto, debiera tener una regulación especial; sin embargo, la praxis judicial, ha determinado que se denuncie como afectación al debido proceso, es decir, como error *in procedendo*.

3. Limitaciones en la Casación

En cuanto a que materias están excluidas del control casatorio, SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA⁵⁰ establece que se da en los siguientes casos:

“a) Los pactos privados

En casación no se controla la interpretación de la voluntad de las personas. Esto excluye los términos de un contrato, por ejemplo de compra venta o el estatuto que rige la vida de una persona jurídica. Resulta claro que los fines de la casación no se compatibilizan con los pactos privados y que

⁵⁰ SÁNCHEZ PALACIOS – PAIVA, Manuel. *El recurso de casación civil*. Lima, Cultural, Cuzco 1999, pp.56-58.

tampoco pueden dar lugar a la ejemplificación.

No obstante, en este tema hay que distinguir dos situaciones, muy claras:

- *La aplicación a los pactos privados de normas de apreciación probatoria determinadas en el Código Civil, donde el Juzgador no es libre de aplicar su criterio y está vinculado por unas directivas de método de interpretación fijadas por el legislador, cuya aplicación es materia casatoria, como por ejemplo los arts. 168°, 169° y 170°, 1361°, 1362°, 1398°, 1399°, 1400° y 1401° del Código Civil. En ese caso la materia casatoria no es la voluntad de las partes, sino la aplicación de las reglas para su interpretación.*
- *La calificación jurídica de un contrato.*

Por ejemplo, determinar si los hechos que se han constatado configuran un contrato de mutuo o se trata de un contrato de depósito, o establecer si se presentan los elementos que configuran un contrato de compra venta, etc. Tal calificación no importa una cuestión fáctica, sino que es un control de derecho que entra de lleno en el oficio casatorio. Se trata de un proceso de subsunción. Y no hay duda que la determinación del revestimiento jurídico de un pacto privado, conlleva una ejemplaridad para casos posteriores.

b) La costumbre

La costumbre está dada por la repetición de ciertos actos, que por la práctica se considera que adquieren fuerza de ley. Se dice que una de las fuentes del Derecho es la costumbre. Sabido es que los actos y contratos de comercio, en defecto de ley, se rigen por los usos del mercado, lo que se denomina la costumbre, muy difundida en las ferias y casas de contratación (art. 2 del Código de Comercio). Esto se considera como una cuestión de hecho, pues la costumbre debe ser probada, y por tanto excluida del conocimiento casatorio.

Dentro de ellas hay que distinguir aquellas costumbres que ya se han puesto por escrito, como las aprobadas por la Cámara de Comercio Internacional, algunas de las cuales constituyen acuerdos comerciales

multilaterales de los que el Perú es signatario y que por tanto ya no se pueden considerar como costumbres; sino como normas. Verbi gracia: La Organización Mundial del Comercio y los Acuerdos Comerciales Multilaterales contenidos en el Acta Final de la Ronda Uruguay, fueron aprobados por Resolución Legislativa N° 26407.

c) La ley extranjera

El Derecho Internacional Privado determina las reglas aplicables para juzgar determinado caso. Si establece que se debe juzgar por las reglas del Derecho Nacional (art. 2048° del Código Civil), las reglas del conflicto quedan sujetas al control casatorio; pero si resulta que el conflicto se debe solucionar por las reglas del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe acreditar su vigencia y contenido, lo que lleva a equipararlo a una cuestión de hecho y por tanto excluida de la casación (art. 2052° del CC)”.

Sobre el particular, se considera además, que tampoco es materia de casación, las infracciones procesales referidas al retraso en el trámite del expediente, el incumplimiento de plazos o del pago de la tasa judicial, etc., pues, dichos actos no afectan la validez de la sentencia.

3.1. El principio *Iura Novit Curia*.

La doctrina ha establecido que el principio *Iura Novit Curia*⁵¹ no es aplicable en casación, debido a la necesidad de fundamentar el recurso en alguna causal o motivo expresamente prescrito en la ley, bajo causal de improcedencia.

Sin embargo, GUZMÁN FLUJA⁵² respecto a la aplicación de dicho principio, refiere:” (...) *Se ha operado de esta forma una ampliación del campo tradicional al que se extendían los poderes de control de oficio del*

⁵¹ Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil: “*EL Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.*”

⁵² GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *El recurso de casación civil (control de hecho y de derecho)*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 97-102.

supremo órgano judicial, esto es, los casos en los que su conocimiento operaba por propia iniciativa, al margen de los vicios o errores denunciados por los recurrentes como motivos de casación. (...)

B) Las excepciones a la exclusión del “iura novit curia». Supuestos de control de oficio del TS

Lo cierto es que pese a la situación anteriormente descrita, tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de manifiesto la existencia de situaciones en las que el control de derecho efectuado por el TS se realiza para corregir defectos o vicios no denunciados por las partes recurrentes. Son los casos en los que se lleva a cabo un control de oficio que abre la puerta a la aplicación del principio «iura novit curia» en casación.

*Normalmente se trata de supuestos en los que existe una norma jurídica que da cobertura a la actuación del TS. Pero también es posible encontrar manifestaciones del principio que nos ocupa cuyo origen es puramente jurisprudencial, sin que exista una norma jurídica que lo sancione, situación que empieza a ser particular del derecho español, **nos referimos a la corrección de la motivación jurídica de la sentencia al hilo de la teoría de la causalidad del error denunciado respecto del fallo**: casos en los que el TS estima que el vicio denunciado, aún existente, no determina injusticia alguna del fallo, no causa, por tanto, su injusticia o ilegalidad, porque éste puede ser mantenido en atención a otros fundamentos jurídicos distintos de los afectados por el vicio y que acreditan que el fallo es conforme a derecho. Manteniendo, pues, la decisión impugnada y desestimando el recurso, el TS procede implícita o explícitamente, a corregir la motivación en derecho de la sentencia (...)* (el sombreado es nuestro).

Esta facultad de **corrección de la motivación** sin que se case el fallo (teoría de la causalidad del error respecto del fallo), la ubicamos en el artículo 397° del Código Procesal Civil, que señala: “(...) La Sala no casará la sentencia por el solo hecho de estar erróneamente motivada, si su parte resolutive se ajusta a derecho. Sin embargo, debe hacer la correspondiente

rectificación”.

Así también, es posible aplicar el principio *Iura Novit Curia* cuando se trate de la **infracción de normas de orden público** (legitimación, caducidad, actos nulos de pleno derecho, etc.), esto se justifica en la obligación que tienen los jueces de mérito de tener en cuenta y apreciar la existencia de tales normas y aplicarlas aunque no hayan sido invocadas por las partes, lo que no puede implicar posteriores averiguaciones de los hechos.

Cuando se trate de la **infracción de normas procedimentales** aun cuando no hayan sido denunciadas por las partes, también cabe la aplicación del principio ya citado, por ser denunciables en cualquier grado y estado del proceso; cabe precisar que se deben tratar de vicios o errores que debió de poner de manifiesto de oficio los jueces de mérito y no lo hicieron, como por ejemplo la incompetencia absoluta, la falta de jurisdicción, la cosa juzgada, etc.

Conforme la doctrina la principal manifestación del principio *Iura Novit Curia* en casación es la corrección de la motivación. Asimismo, cabe resaltar, que antes de la entrada en vigencia del artículo 392°-A del Código Procesal Civil incorporado por la Ley N° 29364, los Jueces Supremos al calificar el recurso de casación revisaban el proceso, esto es, los hechos y los medios probatorios actuados en el proceso, para determinar si debía declararse procedente o improcedente dicho recurso; y en aquellos casos en que los recursos estaban mal planteados, utilizaban el principio *Iura Novit Curia*, para declararlo procedente por la causal de contravención por excepción (causal creada por ficción jurídica). Desde la entrada en vigencia del artículo 392°-A antes citado, se dejó de lado la contravención por excepción, y ahora los Jueces Supremos siguiendo el procedimiento antes indicado utilizan este artículo para corregir aquellos recursos que no cumplen con los requisitos de admisibilidad y procedencia que exige la ley, y los declara procedentes tanto por norma material como procesal. En ambas

situaciones se corrigen vicios no denunciados por las partes recurrentes.

4. La Casación en interés de la ley

Conforme la doctrina, por la casación en interés de la ley se faculta al Ministerio Público a interponer el Recurso de Casación en cualquier proceso, siempre y cuando en dicho proceso proceda el citado y la parte legitimada para impugnar, es decir, la vencida, no recurra dentro del plazo previsto por la ley. La sentencia que emita la Corte de Casación sólo tendrá por objeto impedir que la de segunda instancia sienta precedente, más no tendrá eficacia sobre el caso concreto.

La casación en interés de la ley, finaliza con la primera sentencia que expida la Corte, que es la de carácter público, más no es posible una segunda sentencia, ya que, lo decidido en la sentencia de segunda instancia es lo que tiene validez para las partes. La casación en interés de la ley no busca que el Ministerio Público reemplace la voluntad de las partes, que no han recurrido contra la sentencia, sino que busca evitar que sentencias viciadas por error de derecho, adquieran el valor de precedentes vinculantes.

Como podemos apreciar, en la casación en interés de la ley se observa con mayor nitidez el carácter público de la Casación, pues opera desprovista del interés privado, en bien de la certidumbre y la seguridad jurídica.

Esta figura jurídica no ha sido recogida en el Código Procesal Civil porque, como ha ocurrido en otras legislaciones, suele caer en desuso por falta de infraestructura del Ministerio Público⁵³.

Cabe comentar, que en esta modalidad especial de casación, el resultado ya no beneficia a las partes sino a la colectividad, que es a quien está íntimamente ligada esta institución.

⁵³ MARCHESE QUINTANA, Bruno. Op. Cit., p. 70.

5. La Casación por salto

Esta modalidad de casación, tiene su sustento en el principio de economía procesal, prevista en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

En este caso, la Ley puede facultar a las partes el derecho de prescindir de una etapa de procedimiento cuando consideran que la cuestión debe ser decidida en definitiva y prontamente; sólo las partes del proceso tienen este derecho de orden público y lo ejercitan si creen que es lo más conveniente a sus intereses.

Al respecto, debo señalar, que esta figura jurídica estuvo regulada en nuestro ordenamiento procesal hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29364 publicada el 28 de mayo de 2009, que la derogó. Durante su vigencia se exigía ciertos requisitos para su aplicación: primero que las partes expresen estar de acuerdo con prescindir del recurso de apelación, esto es que renuncien a la segunda instancia, segundo que sólo podía fundarse en errores *in iudicando*, para brindar a las partes un medio para concluir rápidamente la controversia; y tercero, que la pretensión verse sobre derechos renunciables, esto es sobre derechos de carácter patrimonial.

La sentencia de primera instancia no pasa a la autoridad de cosa juzgada sino queda recurrida en casación.

Debo precisar, que durante el tiempo que estuvo en vigencia, no fue aplicado, uno por desconocimiento de este instituto jurídico, y otro por la conducta litigiosa que tenemos.

Sin embargo, he tomado conocimiento por el trabajo que realizo que la Corte Suprema viene elaborando un proyecto de reforma de casación, en la que se propone nuevamente instaurar la Casación por Salto, pese a que no tuvo acogida por los abogados, sea por desconocimiento o por la conducta litigiosa que tienen.

CAPÍTULO IV

LOS HECHOS

1. Hecho Jurídico

Es necesario su estudio, porque determina la juridicidad de los actos o procederes humanos y de ciertos vínculos que se denominan relaciones jurídicas; puede considerarse a excepción de la norma, como fuente mediata o inmediata de toda relación jurídica.

1.1. Definición del hecho jurídico.

El hecho jurídico es aquel acontecimiento o suceso (natural o humano) que tiene trascendencia en el mundo del derecho, por cuanto el ordenamiento jurídico así lo ha establecido previamente en su normatividad.

Cabe preguntarse, por qué algunas conductas del ser humano generan efectos jurídicos y otras no, y es porque entre acción y reacción siempre hay un nexo causal, vale decir, el ordenamiento jurídico; sin dicho nexo no habría consecuencia jurídica relevante en nuestro ordenamiento legal. MESSINEO⁵⁴ escribe: *“por hechos jurídicos se entienden aquellos acontecimientos o aquellas situaciones (o estados) que produzcan una modificación de la realidad jurídica, o sea, un efecto jurídico, y que por eso son jurídicamente relevantes. Los hechos jurídicos son los antecedentes necesarios (aunque no siempre suficientes) para que se produzca un efecto, cualquiera que sea, en el mundo jurídico: sin hechos jurídicos (relevantes), el ordenamiento jurídico permanece inerte y no nacen efectos jurídicos”*.

⁵⁴ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducido por Santiago SENTIS MELENDO, Tomo II, EJE, Buenos Aires, 1979, p. 321.

Queda establecido, que los hechos jurídicos son aquellos que derivan de la ley o del acto jurídico o negocio jurídico, también hay hechos que en principio no entran en el marco jurídico, pero que posteriormente pueden tener connotación jurídica dadas las circunstancias.

El autor ESPÍN CÁNOVAS, citado por CASTÁN TOBEÑAS⁵⁵ señala: *“el hecho jurídico pone en relación de poder (en el sentido de facultad, como derecho subjetivo) y correlativamente de deber, a dos personas. Si por el contrario, el hecho jurídico crea, modifica, o extingue una posición jurídica para una persona sin relación directa con otra, habrá una situación jurídica, pero no necesariamente una relación jurídica”*.

Por otro lado, tenemos los *hechos no jurídicos*, que son aquellos hechos naturales o humanos que no interesan al Derecho, es decir, son acontecimientos que no producen efectos que interesen al Derecho, razón por la que éste no les atribuye consecuencias jurídicas, por ejemplo, el vuelo de las aves, la aparición de un astro, etc., carecen de consecuencias jurídicas, sin embargo, pueden llegar a generarlas si las normas los incluyen dentro de su presupuesto de hecho o cuando las personas la introduzcan dentro de los actos jurídicos asignándoles una consecuencia de derecho.

Cabe precisar, que los hechos humanos no jurídicos, en su ejercicio pueden generar conflictos, ocasionando lo que se conoce como *vacíos* o lagunas de la ley, que son salvadas mediante la analogía, la costumbre, los principios generales del Derecho, de tal modo que ningún hecho natural que pueda incidir en algún aspecto de la vida humana y ninguna acción u omisión proveniente de la conducta de las personas, puedan quedar sin calificación normativas que las proteja, prohíba o permita.

⁵⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Editorial Reus. Barcelona, 1971. Tomo I, Vol. II, p. 7.

Por consiguiente, nadie, puede hacerse justicia por su propia mano y ningún juez puede dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley, pues estaría transgrediendo lo dispuesto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil.

1.2. Presupuesto de hecho.

Llamado también *supuesto de hecho*, *hecho antecedente*, *antecedente normativo*, *situación jurídica* o *situación de hecho*; la doctrina alemana la denomina *Tatbestand* y la italiana *fattispecie*.

Viene a ser la hipótesis que formula el creador de la norma jurídica para que de ocurrir en la realidad, se genere una consecuencia de carácter jurídico.

El hecho, que sirve de antecedente al efecto jurídico, puede ser un acontecimiento natural como las lluvias, las sequías, las inundaciones, que provocan, la pérdida de la cosecha exonerando al vendedor de la obligación de entregarla; o un hecho proveniente de la conducta humana, por ejemplo, el matrimonio, el testamento, un contrato, el abandono de una persona en peligro, un homicidio, el estado civil, etc.; también pueden servir de antecedente normativo los derechos subjetivos, las obligaciones, esto es, una consecuencia jurídica puede servir de antecedente de otra consecuencia jurídica⁵⁶, por ejemplo, cuando no se ejerce un derecho, la norma le anexa como consecuencia la caducidad de tal derecho.

Podemos concluir, que toda circunstancia de hecho o de derecho que ocurra en el mundo de las percepciones o en el mundo psíquico de las

⁵⁶ BOFFI, ejemplificando el caso de ciertos efectos jurídicos que constituyen a su vez hechos jurídicos que engendran otros efectos de derecho, dice: «la demanda (hecho jurídico) notificada en el domicilio real o voluntario del demandado (hecho jurídico) da origen al conocimiento por el demandado del contenido de la demanda (hecho jurídico) y ello, con más el silencio durante cierto plazo (hecho jurídico) origina la rebeldía (hecho jurídico)» (BOFFI BOGGERO, Teoría general del hecho jurídico, cit., p. 46).

personas puede servir de antecedente a la consecuencia jurídica.

El supuesto de hecho, puede consistir en un solo hecho (*hecho simple*) o en una pluralidad de hechos unidos entre sí, caso en el cual, el efecto jurídico solamente se producirá cuando se hayan realizado íntegramente el cúmulo de hechos singulares que componen el antecedente (*hecho compuesto*), pudiendo, mientras tanto, surgir algunos efectos provisionales que tienen por finalidad preparar o asegurar los efectos definitivos.

1.3. La consecuencia jurídica.

La consecuencia es el efecto lógico-jurídico que se le atribuye a la norma cuando se verifica el supuesto de hecho en la realidad; puede consistir en crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Pueden darse diversas modalidades o clases de consecuencia, entre las que destacan:

- a) Establecimiento de un derecho, por la que se le atribuye una facultad o beneficio a alguien, como por ejemplo el artículo 2 de la Constitución Política del Estado, que tiene una relación de derechos fundamentales de la persona.
- b) Establecimiento de una obligación, consiste en ordenar que alguien de, haga o deje de hacer algo a favor de otra persona, como por ejemplo el artículo 1970 del Código Civil, que impone la obligación de reparar el daño a cualquiera que cause daño mediante un bien riesgoso o peligroso.
- c) La que crea una situación jurídica, es el conjunto de derechos y deberes que el Derecho atribuye a una persona, estos pueden ser determinados o eventuales, por ejemplo los que determina el Código Civil para el marido una vez realizado el matrimonio civil.
- d) Creación de una relación jurídica, es el vínculo generado

entre personas o entre personas y cosas o entre cosas, por mandato normativo, por ejemplo: los derechos y obligaciones generados para el marido y la mujer a partir del matrimonio.

Cabe anotar, que la relación jurídica es la relación creada en la vida real entre dos sujetos, a los cuales una norma confiere a uno un derecho e impone al otro el correspondiente deber u obligación.

Al respecto CARNEVALI⁵⁷ expresa: *“se puede decir que la relación jurídica es el conjunto de efectos jurídicos (derechos y los correspondientes deberes u obligaciones) que la norma jurídica atribuye a los hechos y situaciones de la vida real”*.

Como se mencionó anteriormente, la relación jurídica puede darse entre personas determinadas, por eso se le denomina relación personal u obligacional o entre personas pero con relación a bienes, al que se denomina llama relación real, en la que el sujeto del deber es indeterminado

1.4. El nexa jurídico.

El nexa es el elemento vinculante entre el supuesto y la consecuencia; el nexa es necesario porque para el Derecho la consecuencia debe ocurrir a partir de la verificación del supuesto en la realidad.

El efecto jurídico o consecuencia está vinculado al presupuesto de hecho por una relación de *debe ser*. El deber ser es el nexa entre el supuesto normativo y la consecuencia jurídica. Dado el antecedente A debe ser (nexa jurídico) la consecuencia jurídica B (la fórmula es: dado A debe ser B); si en la realidad práctica se da el hecho antecedente, deben producirse

⁵⁷ CARNEVALI, Ugo. *Appunti di Diritto privato, quarta edizione*, ed. Librería Cortina, Milano, 1989, p. 17.

los efectos señalados por el ordenamiento jurídico, si en la realidad el efecto no se cumple, el incumplimiento puede servir de antecedente a otra consecuencia jurídica.

Para que se produzca la consecuencia jurídica deben cumplirse, en el hecho real, todos los elementos del hecho previsto por la norma. La consecuencia que la norma impone nace tan luego como el hecho real, igual o semejante al supuesto normativo, se haya verificado totalmente (hecho consumado). Los hechos que conforman el antecedente normativo están unidos entre sí y a veces alguno o algunos de ellos son condición necesaria para que se produzcan los otros.

Se debe tener presente, que los elementos del presupuesto normativo pueden darse simultáneamente o sucesivamente en la realidad, y que el *efecto jurídico* se va a producir con la verificación total de cada uno de esos elementos, siendo posible que el surgir de los hechos singulares, vaya dando vida a determinados efectos.

2. Clasificación de los Hechos Jurídicos

2.1. Hechos jurídicos naturales.

En estos no interviene el hombre solo están presentes los fenómenos de la naturaleza, como por ejemplo: el nacimiento, la muerte, etc., se requiere que el ordenamiento legal le dé relevancia jurídica a tales hechos.

2.2. Hechos jurídicos humanos.

Donde es relevante la voluntad humana, estos a la vez, se clasifican en:

2.2.1. Hechos jurídicos humanos involuntarios

En estos interviene la conducta humana, pero la consecuencia no es querida, es decir, no hay intención, e incluso pueden haber sido realizados sin discernimiento o libertad, estos se sub clasifican en:

2.2.1.1. Conformes al ordenamiento jurídico

Son actos permitidos por el Derecho, por ejemplo, el hecho de que un niño reciba una donación

2.2.1.2. Contrarios al ordenamiento jurídico

Son actos prohibidos por el Derecho, como por ejemplo, el que un niño mate a una persona.

Cabe anotar, que los actos involuntarios no pueden ser clasificados como lícitos o ilícitos, ya que no son atribuibles a la persona.

2.2.2. Hechos jurídicos humanos voluntarios

Son aquellos hechos que se realizan, con discernimiento, intención y libertad, estos hechos se sub clasifican en:

2.2.2.1. Hechos jurídicos voluntarios lícitos

Son aquellos conforme con el ordenamiento jurídico, por ejemplo, la compra venta, el hospedaje, etc., es decir no son contrarios al orden público, las buenas costumbres ni a las normas imperativas.

Cabe precisar el concepto de licitud no debe confundirse con el de legalidad, que en el sentido más amplio y general, se refiere a la existencia de leyes y el sometimiento a las mismas; mientras que la licitud es la conformidad con los valores jurídicos entre los que tenemos en primer orden, la justicia.

A su vez, los **hechos jurídicos voluntarios lícitos** pueden ser:

2.2.2.1.1. Con manifestación de voluntad

Se busca conseguir una consecuencia de derecho, esto es, crear,

regular, modificar o extinguir alguna relación jurídica, por ejemplo: el testamento; a estos actos la doctrina los denomina acto jurídico o negocio jurídico.

2.2.2.1.2. Sin manifestación de voluntad

En este caso no se busca crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, sino que se genera simplemente actos lícitos, como por ejemplo: pintar un cuadro.

2.2.2.2. Hechos jurídicos voluntarios ilícitos

Los actos humanos voluntarios ilícitos pueden ser:

2.2.2.2.1. Dolosos

Cuando son realizados con intención, por ejemplo: el asesinato, el hurto, el rapto, etc.

2.2.2.2.2. Culposos

En este caso, no existe intención, sino negligencia o imprudencia, por ejemplo un accidente de tránsito.

La doctrina tradicional denomina delitos a los actos dolosos y cuasidelitos a los culposos.

Finalmente, la Doctrina admite como fuente del hecho jurídico a los *hechos legales*, pues, como se sabe la ley es generadora de consecuencias jurídicas; por lo que, puede modificar la situación preexistente, de forma mediata y en ausencia del hecho o de una voluntad consciente dirigida a obtener el efecto que la ley otorga; como por ejemplo: la hipoteca legal y la garantía por construcción.

3. Acto Jurídico

En el Derecho Romano el acto jurídico, se limitaba a considerar algunas circunstancias o casos concretos con el fin de establecer aquellos hechos o supuestos que debían ser protegidos, así como, determinar qué persona tenía la facultad de entablar relaciones jurídicas, un ejemplo de esto lo constituye la figura del *pater familia* (padre de familia), quien tenía facultades especiales sobre los miembros de su familia con quienes entablaba determinadas relaciones jurídicas; otro ejemplo lo encontramos en la transferencia de propiedad, la misma que creaba una relación jurídica obligacional donde una de las partes tenía que cumplir con una determinada prestación; este concepto de acto jurídico se mantuvo hasta la edad moderna.

En la época contemporánea con el trabajo de los glosadores y post-glosadores que surgen después de la Revolución Francesa en 1789, y con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del ciudadano, es que los autores del Código Napoleónico de 1804 determinaron el concepto “convención” para englobar una gran variedad de relaciones jurídicas que pueden derivar de la voluntad privada; sin embargo, este instituto jurídico no fue suficiente, por lo que, buscaron una institución de mayor amplitud, lo que dio origen a la “teoría del acto jurídico”, que se ubicó en el Derecho Privado específicamente en el Derecho Civil.

El Código Civil de 1984 desarrolla la Teoría del acto jurídico en el Libro II, y en su artículo 140° define y establece los elementos de validez del acto jurídico:

“El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. *Agente capaz.*
2. *Objeto física y jurídicamente posible*

3. *Fin lícito*

4. *Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad*".

El citado Código Civil no contempla las diferencias entre *acto jurídico* o *negocio jurídico*, asumiéndolas como sinónimos, habiendo adoptado el *nomen juris* de "Acto Jurídico", por tradición jurídica. Cabe precisar que el concepto recogido en el artículo 140° marca distancia respecto al concepto clásico de acto jurídico, pues, se refiere a relaciones jurídicas y no a derechos, la que tiene su origen en la manifestación de voluntad de la cual derivan efectos jurídicos.

3.1. Definición.

Es un hecho jurídico voluntario, lícito con manifestación de voluntad, donde el efecto es deseado por la persona a partir de la declaración de voluntad y tiene por finalidad crear, regular, modificar, o extinguir relaciones jurídicas.

El factor que genera o produce el acto jurídico es la voluntad privada del sujeto que crea una situación de derecho; es decir, la autonomía de la voluntad posibilita que nazca el acto jurídico, cuyo límite es el interés general que está representado por el orden público y las buenas costumbres; razón por la que, el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil estipula: "*Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres*".

Se puede determinar, que el acto jurídico es la manifestación de voluntad privada, que depende de las normas de derecho privado. En tal sentido, el acto del legislador, el acto administrativo ni el acto procesal se consideran acto jurídico.

LEÓN BARANDIARÁN⁵⁸ respecto al acto jurídico ha afirmado: *“es un hecho jurídico, voluntario, lícito, con manifestación de la voluntad y efectos queridos que respondan a la intención del sujeto, de conformidad con el Derecho Objetivo”*.

3.2. Efectos.

Los actos jurídicos solo causan efecto en las relaciones jurídicas más no en los derechos; es decir, se crean, regulan, modifican y extinguen relaciones jurídicas; esta definición guarda relación con la contenida en el artículo 1351° del Código Civil respecto de los contratos.

Respecto a los efectos de los actos jurídicos TORRES VÁSQUEZ⁵⁹ señala que consisten en: “

- a) *La creación de relaciones jurídicas. Con el acto jurídico se crea una relación jurídica que antes no existía. Por ej., con la celebración de un contrato de compraventa se crea una relación jurídica entre vendedor y comprador (...)*
- b) *La regulación de relaciones jurídicas. El acto jurídico establece o determina un conjunto de derechos y deberes que las partes van a ostentar en virtud de la relación jurídica existente entre ellas. Por ej., se interpreta el sentido y alcance de un acto presente o futuro (...)*
- c) *La modificación de relaciones jurídicas. Con el acto jurídico se altera el contenido de una relación preexistente. Por ej., con la disminución o aumento de la renta que venía pagando el arrendatario se modifica el contrato de arrendamiento.*
- d) *La constatación de la existencia de relaciones preexistentes. Con el acto jurídico se constata la existencia de una relación jurídica.*

⁵⁸ LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto Jurídico*. Gaceta Jurídica. Lima, 1997, p. 37 y sgtes.

⁵⁹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Editorial Moreno S.A. .Cuarta edición. Lima, 2012, p. 87.

Por ej., con el reconocimiento de deuda se constata una obligación preexistente.

- e) *La extinción de relaciones jurídicas. Como consecuencia del acto jurídico deja de existir una relación preexistente. Por ej., con el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto (...).*

Cabe destacar, que cuando el acto jurídico produce efectos se dice que es eficaz, y cuando no produce los efectos que le son propios, todos o alguno de ellos, se dice que es ineficaz.

3.3. Diferencia con el negocio jurídico.

Cabe destacar, que los juristas alemanes (corriente pandectista alemana) del siglo XX hicieron la búsqueda de una institución jurídica que abarcara la enorme gama de relaciones jurídicas, dicha búsqueda los llevará a las obras romanas, prescindiendo de lo escrito por los glosadores y post-glosadores, concluyendo que la “convención” antes anotada, no era suficiente, hecho a partir del cual nace la Teoría del Negocio Jurídico, esta tesis se plasmó en el Código Alemán de 1900.

De lo expuesto, se pueden establecer las siguientes diferencias:

- a) Acto jurídico: Es creado por la doctrina francesa - siglo XIX, viene a ser la manifestación externa de la voluntad que busca generar efectos jurídicos.
- b) Negoció jurídico: Creado por la doctrina alemana (Código de 1900) concepto seguido por las doctrinas italiana y española, donde el acto jurídico comprende todo hecho jurídico voluntario con o sin declaración de voluntad.

LOHMANN LUCA DE TENA⁶⁰ señala que el acto jurídico se diferencia del negocio jurídico en los siguientes aspectos: “

- a) *El presupuesto de los negocios jurídicos es la declaración o manifestación de voluntad. No ocurre lo mismo en todos los actos jurídicos ni en los actos ilícitos por negligencia.*
- b) *La finalidad de las partes en el negocio es crear un vínculo; en los actos no negocios, el vínculo aparece por imperio de la ley, sin tener su origen en una manifestación volitiva.*
- c) *La intención es indispensable en el negocio jurídico; no necesariamente en el acto jurídico.*
- d) *Tanto el acto como el negocio jurídico son especies del género hecho jurídico; pero el negocio jurídico es una sub especie del acto jurídico.*
- e) *El acto jurídico se materializa a través de la manifestación de la voluntad (entendida como **la exteriorización de un hecho psíquico interno, que consciente y voluntariamente trasciende del individuo y surte efectos ante terceros con valor expositivo, aunque estuviera lejos del ánimo del agente el querer producir tales efectos**); el negocio, a través de la declaración de la voluntad (entendida como **aquel acto responsable que exteriorizando la coordinación jerárquica de nuestros deseos, tiene como propósito producir efectos jurídicos mediante la comunicación de la voluntad contenida en la expresión**). Nótese que la relación entre manifestación y declaración de voluntad es de género a especie. Sin embargo, en ambos supuestos, las consecuencias jurídicas ya se encuentran predeterminadas por el ordenamiento jurídico.*
- f) *Dentro de esta concepción, es también acto jurídico el hecho humano voluntario ilícito. La licitud (o ilicitud) de un hecho humano voluntario no puede desvirtuar su naturaleza de acto. Para un sector de la doctrina, el negocio jurídico solo puede ser lícito*

⁶⁰ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Editorial Grijley. Lima, 1994, pp. 45 y sgtes.

cuando el ordenamiento jurídico faculta a las partes para auto regularse en virtud del principio de la autonomía privada y esta tendría como límite su fin lícito”.

Cabe destacar, que para otro sector de la doctrina también puede darse un negocio jurídico ilícito.

Para la doctrina italiana el negocio jurídico es: *“una manifestación de la autonomía de la **persona** que, con su propia voluntad, atiende a la satisfacción de sus necesidades mediante la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, que pueden ser o no patrimoniales... El negocio jurídico está formado, pues, por una o más declaraciones de voluntad dirigidas a tal fin”*⁶¹.

Para el sector de la doctrina nacional que defiende la autonomía conceptual del negocio jurídico, esta debe entenderse como: *“declaración o declaraciones de voluntad de Derecho Privado que, por sí o en unión de otros hechos, estarán encaminadas a la consecución de un fin práctico, lícito y admitido por el ordenamiento jurídico, el cual reconoce a tales declaraciones como el sustento para producir efectos prácticos, queridos y regular relaciones jurídicas de derecho subjetivo. (...) el Derecho recoge una pretensión social y económica establecida por los agentes y le atribuye, luego de merituarla, un valor jurídico”*⁶²

La conclusión a la que podemos arribar, más allá de cualquier posición doctrinaria, es que debemos validar la utilidad de esta categoría jurídica, llámese negocio o acto, pues, nos encontramos frente a un supra concepto que va a servir como instrumento para encausar la autonomía privada; así

⁶¹ BARASSI, Lodovico. *Instituciones de Derecho Civil*, traducido por Ramón GARCÍA DE HARO Y GOYTISOLO y Mario FALCÓN CARRERAS, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1955, p.157.

⁶² LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., 46.

como, interpretar y regular los diversos tipos o clases de actos y negocios que puedan surgir en la *praxis* judicial cotidiana.

Sin embargo, es importante resaltar que no hay acuerdo sobre si denominar acto o negocio jurídico, ni tampoco que sea más apropiado hablar de acto jurídico que de negocio jurídico para referirse a todo tipo de acto, sea patrimonial o familiar. Como se dijo líneas arriba, el Código Civil de 1984, adoptan la teoría del acto jurídico con el mismo significado de la teoría del negocio jurídico.

CAPITULO V

EL HECHO Y EL DERECHO

1. La distinción entre el Hecho y el Derecho en Casación

La distancia entre los elementos fácticos y jurídicos conlleva una dificultad para deslindarlos con nitidez⁶³, las corrientes modernas señalan que es imposible distinguir dentro del proceso las cuestiones de hecho de las de derecho.

La doctrina clásica sostiene que a través del recurso de casación solo se puede reexaminar el material fáctico establecido en la sentencia.

Sin embargo, no se puede afirmar de forma absoluta que la Corte Suprema solo conoce de cuestiones de derecho, pues la función jurisdiccional consiste siempre en la aplicación de la Ley a un hecho concreto; por lo que, en toda jurisdicción el Juez conoce de hechos y de derecho, con las limitaciones propias de cada Tribunal.

La doctrina italiana, señala que no hay juicio de hecho que no sea al propio tiempo juicio de derecho, y que no existe hecho en el proceso que no pueda ser definido en términos de derecho. Al respecto, el autor MORÓN PALOMINO⁶⁴ escribe: “*La distinción radical entre juicio de hecho y juicio de derecho carece de racionalidad porque contradice la esencial unidad del juicio*”.

La separación entre juicio de hecho y juicio de derecho sustentada en la

⁶³ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Niceto. *Estudios Diversos de Derecho Procesal. Perspectivas de la Casación*. Biblioteca Procesal. Librería Bosch. Barcelona, 1987, p. 259.

⁶⁴MORÓN PALOMINO, Manuel. *La Nueva Casación Civil. Constitución y Leyes*. Colex Editor, 2001, p. 136.

lógica y en la estructura mental del Juez al elaborar la sentencia, para algunos dice la doctrina tiene una utilidad pedagógica, pues cuando el juez separa el hecho y el derecho realiza un esfuerzo loable porque la constatación de lo fáctico y la apreciación jurídica es muy importante para lograr un buen razonamiento, que lo lleve a la aplicación del derecho que corresponda, sin que exista prejuicios fácticos, lo que permitirá lograr un control eficaz de la casación.

El profesor HURTADO REYES⁶⁵ manifiesta lo siguiente: *“Si bien una Corte de Casación no puede ejercitar la tarea que hacen los jueces de mérito con relación a los hechos; sin embargo, esta también se encuentra vinculada a los hechos del proceso, de los cuales no le es posible apartarse o prescindir de ellos, con lo cual sostenemos que no es correcta la afirmación que señala que el juez de casación no se relaciona o no se vincula con la cuestión fáctica, es decir, con los hechos del proceso”*. Señala además: *“Entonces, son los hechos con calificación jurídica y su prueba en el proceso los que sirven para determinar cuándo el juez ha incurrido en los conocidos errores in iudicando. Esto significa que para realizar un control normativo, para determinar la infracción normativa denunciada, es imprescindible pasar por los hechos.”*

No cabe duda de que los antecedentes históricos de la casación influyeron en forma decisiva en la separación entre el hecho y el derecho, sin embargo, la evolución histórica hace buen tiempo debió cambiar esta postura inicial.

Para lo cual, debemos tener presente lo dicho por el profesor REALE⁶⁶:

“(…) según esta nueva comprensión del Derecho, todo fenómeno jurídico es hecho, pues surge para regular un determinado momento o situación histórico-social, es valor; pues se representa un cierto valor de justicia que

⁶⁵ HURTADO REYES, Martín. *La Casación Civil. Una aproximación al control de los hechos*. Editorial Moreno S.A., Lima, 2012, p.408

⁶⁶ REALE, Miguel. *Teoría Tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1997, p.13.

se quiere preservar; y es norma, pues se ofrece una pauta, regla o camino a seguir para garantizar el bien de justicia representado. Cualquier explicación del mismo que se realice hipostasiando uno de sus elementos, u obviando alguno de ellos, constituirá una explicación insuficiente y mutilada-concepciones unilaterales (...)”.

Al respecto, el autor NIEVA FENOLL⁶⁷ señala: “*sólo desde una postura positivista-que no compartimos-puede defenderse la distinción, pues si sólo fuere Derecho el positivizado sería posible deslindar las conductas humanas de los Códigos*”.

Dicho esto, es correcto afirmar que a la Corte de Casación, como a cualquier otro Juez cuando dicta sentencia, le resulta imposible, por más que quiera demostrar lo contrario, establecer cuál es el derecho aplicable sin tener en cuenta los hechos que dieron lugar al supuesto sobre el que debía pronunciarse. Igual ocurre con los recurrentes en casación, quienes para evitar que su recurso sea rechazado por referirse a cuestiones fácticas, tratan de adecuarlo de la mejor manera a los motivos de casación; en este caso, el error es considerar que la función de la casación dejaría de tener sentido desde el momento en que la Corte Suprema se pronuncie también sobre los hechos, pues estaría actuando como tercera instancia.

Como reconoce la mayoría de la doctrina la separación entre el hecho y el derecho no es un tema sencillo, y a veces es casi imposible. Cabe precisar, que existe una diversidad de criterios para calificar determinado supuesto como de hecho o de derecho, algunos autores opinan que depende como lo califique la Corte Suprema.

Sobre el tema, GUZMAN FLUJA⁶⁸ escribe: “*Es principio admitido sin duda alguna que a través del recurso de casación se puede controlar la*

⁶⁷ NIEVA FENOLL, Jorge. *El hecho y el Derecho en la casación penal*. José M^a. Bosch Editorial, Barcelona, 2000, p.120.

⁶⁸ GUZMAN FLUJA, Vicente. *El Recurso de Casación Civil*. Tirant Monografías, Valencia, 1996, p. 166.

calificación jurídica dada por los jueces de instancia a los hechos que previamente ha constatado, apreciado y valorado. En realidad, tal situación no implica control fáctico de ningún género, sino que es un control de derecho que entra de lleno en el oficio del TS: así determinar si los hechos resultantes, A, B, y C, conforman un contrato de préstamo o de depósito, si son un ilícito contractual o extracontractual, etc.”.

CARNELUTTI citado por MORELLO⁶⁹ indica: *“toda cuestión deja de ser de hecho en la medida que el Juez luego de superar el reconocimiento de la realidad que le ofrece el proceso, asume la empresa de compararla con las hipótesis o el concepto abstraído de las normas cuya aplicación estima probable”.*

Como señala la doctrina nacional, en casación se aplica la teoría del silogismo, esta teoría considera que la premisa mayor la conforma la norma jurídica, la premisa menor los hechos, y la conclusión viene a ser el fallo, es decir, se investiga el *factum* que integra la premisa menor, para subsumirlo en el derecho que integra la premisa mayor, extrayendo la necesaria conclusión.

La premisa mayor se refiere a la norma en un doble aspecto: el de su vigencia y el de su significado; mientras que la premisa menor, comprende un juicio sobre la existencia real de las circunstancias materiales controvertidas, y otro de juicio sobre su calificación jurídica.

Esta teoría considera como cuestiones de derecho las que se refieren a la premisa mayor, a la calificación jurídica de las circunstancias de hecho (premisa menor) y a la congruencia de la conclusión; sólo será cuestión de hecho la referente a la existencia de las circunstancias fácticas.

⁶⁹ MORELLO, Augusto M. *La Casación Un Modelo Intermedio Eficiente*. Librería Editorial Platense – Abeledo Perrot, 1983, Buenos Aires Argentina, p. 245.

Pese a lo claro de la teoría, como se mencionó anteriormente en la realidad, la separación entre los hechos y el derecho no siempre es claro en todos los casos, y es aquí donde los magistrados que conocen del Recurso de Casación deben evitar que en las simples apreciaciones de hecho se encierren realmente calificaciones jurídicas.

De lo expuesto podemos concluir, que *la subsunción del hecho* dado por probado dentro de alguna categoría jurídica, es una cuestión de derecho, y por tanto susceptible de ser revisada en casación.

Finalmente, debo manifestar que el postulado que señala que la Corte de Casación no es Juez de los hechos no tiene ni ha tenido carácter absoluto, porque es una realidad comprobada que la Corte conoce y toma contacto con los hechos; existe pues, un campo de control casacional donde el enjuiciamiento de los hechos no solo es necesario sino natural, e incluso consustancial a la propia tarea de control, sin que peligre la finalidad Uniformadora.

Sin embargo, tampoco se puede negar que el control fáctico a veces es llevado más allá de los límites, aproximando a los Jueces Supremos a las tareas propias de un Juez de instancia.

1.1. Teoría Tridimensional del Derecho.

Esta teoría, afirma el carácter fáctico-axiológico-normativo del Derecho, en el sentido auténtico del término, la teoría tridimensional representa “la toma de conciencia de todas las implicaciones que dicha verificación establece para cualquier género de investigación sobre el derecho y sus consiguientes correlaciones en los distintos planos de la Ciencia del Derecho, la Sociología Jurídica o la Filosofía del Derecho”.

En realidad, viene a afirmar la naturaleza esencialmente trídica del Derecho (hecho, valor y norma), de modo que a ningún especialista le sea lícito aislar, absolutamente, uno de los factores para hacerlo objeto de

cualquier investigación de orden filosófico, sociológico o histórico; aunque surgen, por supuesto, algunos problemas, que no son materia de estudio en este momento.

La teoría Tridimensional del Derecho, se distingue de las demás de carácter genérico o específico, pues, se caracteriza por ser concreta y dinámica, establece lo siguiente:

“a) Hecho, valor y norma están siempre presentes y correlacionados en cualquier expresión de la vida jurídica, ya sea estudiada por el filósofo, el sociólogo del derecho, o por el jurista como tal. Mientras que, en el tridimensionalismo genérico o abstracto, correspondería al filósofo el estudio del valor, al sociólogo el del hecho y al jurista el de la norma-tridimensionalismo como requisito esencial al derecho-.

*b) La correlación entre dichos tres elementos es de naturaleza funcional y dialéctica, dada la **implicación-polaridad** existente entre hecho y valor de cuya tensión resulta el momento normativo. Así las cosas éste se muestra como solución superadora e integradora en los límites circunstanciales de lugar y tiempo -concreción histórica del proceso jurídico en una dialéctica de complementariedad-”⁷⁰.*

Cabe señalar, que el origen de esta teoría se remonta a la tesis doctoral del autor Miguel Reale titulada, “*Fundamentos do Direito*”, sobre lo que después, sería mundialmente conocido como “*Teoría Tridimensional del Derecho*”, donde se establece que no es posible apreciar hecho, valor y norma como elementos separables de la experiencia jurídica, y pasa a concebirllos como factores y momentos inseparables del Derecho.

2. La doctrina de la Arbitrariedad y el Absurdo

La doctrina y en especial la jurisprudencia Argentina es donde más ha tenido acogida la tesis de la arbitrariedad, en 1909 la Corte Suprema descalificó como acto jurisdiccional a la sentencia que no tenía apoyo legal y

⁷⁰ REALE, Miguel. *Teoría Tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1997, p.72.

sólo tenía sustento en la voluntad del Juez, llamándose desde entonces a esta clase de sentencias arbitrarias porque sólo se fundaban en el arbitrio del Juez, surgiendo incluso la figura de la sentencia absurda, tema que más adelante desarrollamos.

Según el profesor MORELLO⁷¹ la doctrina de la sentencia arbitraria comprende más de diecisiete supuestos, que para el autor SAGÜES⁷² puede clasificarse en: *“arbitrariedad normativa, fáctica y concurrente. La arbitrariedad normativa en la sentencia se genera por no ser esta una derivación razonada de las normas vigentes; la fáctica, se da cuando no se evalúan idóneamente los hechos y las pruebas; y la arbitrariedad concurrente cuando se dan las dos”*.

Conforme el sistema federal argentino, las Cortes Supremas son el último órgano jurisdiccional en las Provincias, al que se llega mediante recurso de casación; mientras que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el órgano jurisdiccional de competencia nacional al cual se accede mediante recurso federal.

Para LORENZETTI⁷³ citado por HURTADO REYES, la sentencia deviene en arbitraria por: *“el desconocimiento de los hechos por el juez, sea porque ignora los que fueron probados o que tenga por probados los que no le fueron”*.

Lo que interesa analizar es la arbitrariedad fáctica, a fin de encontrar en el ordenamiento procesal nacional, a partir del derecho comparado, argumentos que sustenten una adecuada solución a dichos problemas.

⁷¹ MORELLO, Augusto. *Prueba, incongruencia y defensa en juicio*. Librería Editorial Platense- Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1977, p.91.

⁷² SAGÜES, Nestor P. *Recurso Extraordinario*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1984. T.II, p. 162.

⁷³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento judicial. Fundamentos de Derecho Privado*. En: HURTADO REYES, Martín. *La Casación Civil. Una aproximación al control de los hechos*. Editorial Moreno S.A., Lima, 2012, pp.398-399.

2.1. La Arbitrariedad.

La arbitrariedad en sentido general, viene a ser la ligereza el capricho, es decir, la decisión que no tiene sustento en la razón, en la lógica, ni en la justicia; significa apartarse de la justicia, la razón o las leyes.

Bajo este contexto, los jueces cuando resuelven un determinado caso deben respetar el derecho a la debida motivación judicial y a la prueba. Como podemos apreciar en el derecho, la arbitrariedad está relacionada con la actividad jurisdiccional; razón por la que, una decisión judicial, además, de nula, incongruente, etc., puede ser calificada de arbitraria.

Tenemos que la decisión arbitraria, no se basa en las pruebas presentadas para acreditar los hechos, sino que, se resuelve contra las pruebas admitidas y actuadas en el proceso. La arbitrariedad debe ser decisiva, vale decir, tener incidencia directa sobre la decisión o fallo judicial.

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 728-2008-PHC/TC de fecha 13 de octubre 2008, respecto a las sentencias arbitrarias, ha establecido en sus fundamentos 8 y 9 lo siguiente: “(...)

8. De modo similar, en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N.º 05601-2006-PA/TC. FJ 3) ha tenido la oportunidad de precisar que (...) El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional (...).

En ese sentido, si bien el dictado de una sentencia condenatoria per se no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente o en todo caso legítimamente las decisiones adoptadas y/o no se observan los procedimientos constitucionales y legales establecidos para

su adopción. La arbitrariedad en tanto es irrazonable implica inconstitucionalidad. Por tanto, toda sentencia que sea caprichosa; que sea más bien fruto del decisionismo que de la aplicación del derecho; que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón; que sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional.

9. Lo expuesto se fundamenta además en el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, el cual surge del Estado Democrático de Derecho (artículo 3° y 43° de la Constitución Política), y tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo ((Exp. N.° 0090-2004-AA/TC. FJ 12). A lo dicho, debe agregarse que constituye deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, interdictando o prohibiendo cualquier forma de arbitrariedad (artículo 44°, de la Norma Fundamental). (...)).

2.2. Manifestaciones de la Arbitrariedad.

Al respecto el profesor HURTADO REYES⁷⁴ considera las siguientes: “

- a) Por omisión de apreciación de prueba fundamental, en este caso se resuelve la controversia pero dejando de valorar una prueba fundamental para el resultado del proceso.*
- b) Por apreciación aislada de la prueba, esto ocurre cuando no se toma en cuenta una prueba, lo que afecta el derecho a la valoración integral y lógico del material probatorio. Si bien es cierto, una prueba puede tener mayor peso que otra, el juez no se puede apartar de una valoración conjunta de toda la prueba.*

⁷⁴ HURTADO REYES, Martín. *La Casación Civil. Una aproximación al control de los hechos*. Editorial Moreno S.A., Lima, 2012. pp. 401-403.

- c) *Por apreciación basada en prueba inexistente, es decir el Juez valora la prueba existente en el proceso, más no aquellas que no han sido incorporadas al proceso.*
- d) *Por indebido reparto de la carga de la prueba, en este caso la carga de la prueba (onus probandi) hace que la carga de probar se distribuya entre las partes, esto significa que existen hechos que deben ser probados por el demandante y otros por el demandado, y en otros quien este en mejor condición de probar. Si las reglas de la carga de la prueba aparecen claras en el ordenamiento procesal, no es posible que el Juez resuelva el conflicto haciendo caer esta **carga** sobre una de las partes del proceso que no debe soportarlo.*
- e) *Por valoración de una prueba no admitida formalmente, esto supone que el Juez sólo debe sustentar su decisión en la valoración de los medios probatorios admitidos formalmente en el proceso, es decir, los ofrecidos y admitidos en una determinada etapa, más no aquellos presentados en autos y que no han recibido una expresa decisión de ser incorporados como medios probatorios para resolver la litis.*
- f) *Apreciación de prueba ilícita, el juez está prohibido de admitir y valorar prueba que se haya obtenido afectando derechos fundamentales.*
- g) *Por infracción a las reglas de la prueba, esto significa que la prueba está sujeta a reglas a las que se debe someter el juez sin poder apartarse de ellas, de lo contrario incurrirá en error, como por ejemplo: cuando el ordenamiento procesal señala que no se debe probar el derecho, ni los hechos notorios, etc.*
- h) *Apreciación contradictoria, es decir, la valoración del material probatorio debe ser coherente, no debe tener contenido contradictorio. No se puede apreciar la prueba en un sentido para probar algún hecho y darle un sentido diferente para probar otro hecho a partir de una misma prueba.*
- i) *Por emisión de decisiones meramente dogmáticas, la decisión*

debe contener un análisis probatorio adecuado para su validez, no se puede basar sólo en posiciones dogmáticas o referidas a puntos de vista de la doctrina, pues estos argumentos sólo deben servir de complemento a la valoración de la prueba para fortalecer la decisión judicial.

- j) *Por invocar fuente de las que no extraen las consecuencias que sustentan el fundamento de la sentencia, en estos casos el juez al valorar la prueba, debe extraer de cada una de ellas las consecuencias que realmente se aprecia en ellas y no otras; ya que si se extrae de la prueba consecuencias que no contiene incurre en error”.*

2.3. El Absurdo.

Genéricamente se debe entender como sinónimo de ilógico, como aquellos fenómenos que carecen de toda explicación racional.

La decisión absurda no resiste la comprobación lógica, en estos casos los jueces se apartan de las reglas lógicas, y no respeta las reglas de experiencia.

Conforme la doctrina, el absurdo tiene dos vertientes: el formal cuando se vulneran las reglas de la lógica; y la material, cuando existe error de apreciación respecto a la prueba.

La sentencia por absurda fijación o valoración de lo fáctico, concluye por ser arbitrada sin que, por el contrario, sea exacto lo inverso de que por ser arbitraria es absurda.

Lo absurdo es lo “irracional”⁷⁵ “lo impensable, lo que no puede ser”,

⁷⁵ Como anota ORTEGA “si se afina un poco se advierte que racionalidad implica sólo el uso de la demostración de la prueba. La prueba gana la mente por su evidencia, es decir, que gana y regana a cada hombre normal en cada instante. No hay medio de rehuir su eficacia. Una demostración clara tiene el privilegio de rendir automáticamente todo espíritu. Hasta el punto de que una mente indócil a la prueba es llamada demente” (Etlea de los griegos, en Espíritu de las letras, Colección El Arquero, Revista de Occidente, 4ta. edición, pp. 3940).

*extremos necesarios para demostrar la falta de prudencia jurídica del juzgador*⁷⁶.

Podemos concluir, que la decisión es absurda cuando la valoración hecha por el Juez quebranta los parámetros de logicidad, puede ocurrir que aplicando las máximas de experiencia llegue a conclusiones que carecen de toda lógica, es decir, irracionales.

Las máximas de experiencia, está conformado por el conjunto de conocimientos acumulados por el Juez a través de toda su vida, que pueden ser, personales, profesionales, conocimiento común y especializado; todo lo que lo ayuda en la valoración de la prueba. Cabe precisar, que estas máximas no son absolutas, son un fenómeno temporal, ya que el avance de la tecnología y el transcurso del tiempo hacen que se generen nuevas máximas dejando de lado otras.

El autor STEIN⁷⁷ sobre las máximas de experiencia, señala: *“Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”*.

Las máximas de experiencia se ubican en los siguientes sistemas de valoración: el de tarifa legal, donde el legislador le da al magistrado la máxima de experiencia y le dice en qué sentido debe utilizarla, llamada en este caso máxima legal; y el Sistema de libre valoración, en este caso el juez opera libremente la máxima de experiencia, también se le denomina máximas empíricas, ayuda al juez en la labor deductiva de valorar las pruebas.

⁷⁶ S.C.B.A., causa 21.939, “Paz de Paz c/Establecimiento Textil San Andrés S.A.”, 28-9-76,

⁷⁷ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Obra traducida al español por DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p.22.

3. *Doctrina sobre el control casatorio de los hechos y la valoración de los medios probatorios*

Esta corriente doctrinaria, establece que el control de los hechos que conforman la relación material de la controversia y de la valoración de los medios probatorios, constituye una orientación dirigida a la realización de la justicia del caso concreto, en contraposición de la tendencia que concibe al recurso como un instrumento perfecto para controlar la legitimidad de las normas aplicadas en la solución de conflictos y lograr de ese modo la uniformidad jurisprudencial, bajo esta tendencia todas estas finalidades o funciones son perfectamente posibles, tangibles y compatibles. De ahí que hay autores que defienden el sistema casatorio puro u ortodoxo y otros que propician el sistema casatorio denominado híbrido, impuro o bastardo.

Cabe anotar, que el Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364 regula el sistema puro, sin embargo, a través de la jurisprudencia el medio impugnatorio en estudio se viene orientando al sistema impuro.

La revisión de los hechos en general, en los ordenamientos que lo admiten, se sustenta en que en la realidad con frecuencia se presentan supuestos en los cuales el Juzgador incurre en los siguientes errores:

- a) Sobre la determinación o fijación de los hechos
- b) Sobre la apreciación o interpretación de los hechos
- c) Sobre la calificación jurídica de los hechos; o
- d) Sobre la apreciación o evaluación de los medios probatorios utilizados para acreditar los hechos.

En relación a los errores vinculados a los hechos y a la evaluación de los medios probatorios se ha desarrollado la “Teoría del Absurdo”.

Cabe destacar, que el control casatorio de los hechos y de la evaluación probatoria es difícil y complejo, en materia litigiosa los hechos y el derecho son elementos inseparables.

En los procesos, es evidente, puede incurrirse en errores de derecho y en errores de hecho; si concebimos los hechos como realidades externas (como la ubicación de una cosa, la descripción de un objeto, etc.) o internas (como el estado mental de una persona, el sentimiento de un hombre, etc.), el error de hecho lo conceptuamos como una falsa o desacertada descripción de él. El error de derecho, genéricamente, consiste en la aplicación equivocada de la norma jurídica a los hechos, equivocación que puede derivarse de la aplicación de una norma impertinente, de la errónea interpretación de la misma o de su no aplicación, lo que genera infracción normativa.

HITTERS ⁷⁸ respecto a la exclusión de la casación de temas referidos a la fijación de los hechos litigiosos y a la valoración probatoria, dice:

"No obstante, la fría regla expuesta alude a la regla fijada como principio por las Supremas Cortes de Buenos Aires y otras provincias de la Argentina, de que los Jueces de grado son soberanos en la fijación de los hechos litigiosos y en la valoración de las pruebas, las que están excluidas del control casatorio admite importantes excepciones, con lo que se demuestra el disimulado afán de la Corte [se refiere especialmente a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires] de no desentenderse del todo de las cuestiones de hecho, ya que éstos en definitiva gobiernan la aplicación del derecho, y si los cimientos están mal, seguramente el edificio que se apoye en ellos padecerá del mismo defecto".

Para entender la Teoría del Absurdo, se presentan algunos supuestos en los cuales encontramos una errada fijación o precisión de hechos, valoraciones probatorias absurdas o contrarias a la razón, conclusiones ilógicas derivadas de tales errores, etc., que llevan a calificar las decisiones judiciales que contienen errores de ese tipo como arbitrarias. Se proponen los siguientes casos: 1) supongamos que en una resolución judicial se sostenga como probado que determinados testigos de un accidente de

⁷⁸ HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*. Librería Editora Platense, La Plata, 1991, p. 340.

tránsito no estuvieron presentes durante la producción del evento dañoso, no atribuyéndoles por tanto valor alguno a sus versiones dadas en sus declaraciones, no obstante que tales testigos en sus declaraciones prestadas precisan haber estado presentes en el accidente, corroborándose esa versión incluso con lo que aparece en el atestado policial respectivo, en este caso, se advierte una errada apreciación y fijación de los hechos, derivada tal vez de una equivocada valoración probatoria. 2) supongamos, que en un dictamen pericial producido dentro del proceso sus autores hayan concluido en el sentido de que la firma del "suscribiente" de un documento ha sido falsificado y, no obstante ello, el Juez en su sentencia consigna que en el proceso no se ha acreditado que dicha firma ha sido falsificada, este error puede derivarse de una deficiente evaluación de la prueba pericial, que ha conducido a una errada fijación de un hecho, y 3) en el supuesto, que el juzgador, luego de analizar las pruebas, determina que el actor, por ejemplo: en un proceso de desalojo por ocupación precaria, ha probado la alegada propiedad sobre el bien materia del proceso y, no obstante ello, incongruentemente, declara infundada la demanda sosteniendo que el demandante no ha acreditado el dominio sobre el predio, este error puede derivarse de una deficiente apreciación de la prueba, que a su vez lo ha conducido a un razonamiento ilógico.

De lo expuesto precedentemente, se puede concluir que las incongruencias constituyen contravenciones de las reglas del buen razonamiento, de las leyes de la lógica, del propio sentido común; sin embargo, se puede presentar el caso que, no obstante la correcta apreciación de los hechos o la eficiente valoración de los medios probatorios utilizados para probar esos hechos, efectuada por el Juez, éste no llega al convencimiento sobre la veracidad de los hechos en los términos alegados.

En estos casos, y como se mencionó anteriormente, el efecto del absurdo debe ser, inaceptable, intolerable, inadmisiblemente racionalmente y de trascendencia en la decisión emitida por el órgano judicial; la Sala de Casación, deberá demostrar técnicamente al calificar una resolución si esta

contiene o no un vicio derivado del absurdo vinculado a los hechos y a los medios probatorios.

En nuestro ordenamiento procesal, la denuncia casatoria en materia de fijación y apreciación de los hechos y en materia de valoración probatoria se viene canalizando, jurisprudencialmente, dentro del marco de los errores in procedendo, en el entendido que se está frente a la violación de reglas de orden procesal destinadas a señalar el modo de comportamiento del juez en la tramitación del proceso; por lo que, si se declara fundado el recurso, se procede al reenvío.

Hay resistencia para canalizar dichas denuncias como errores in iudicando, así los recurrentes aleguen que se está frente a una violación indirecta de la norma material, argumentándose para denegar que el petitorio en el fondo, persigue un reexamen de los hechos controvertidos o la revalorización de los medios probatorios.

Cabe destacar, que la Teoría del Absurdo también está relacionada con la arbitrariedad, hay autores que señalan como decisiones arbitrarias, aquellas que se apartan de la solución prevista por la ley o cuando en ellas se constata evidente falta de fundamentación o cuando en ellas el juez deliberadamente prescinde de pruebas esenciales obrantes en el proceso, etc.; en los indicados supuestos y en otros análogos, tenemos la presencia del absurdo, de contenidos contrarios a la razón, que conducen naturalmente a la arbitrariedad, se considera por tanto a la arbitrariedad como efecto del absurdo, donde la absurda valoración probatoria conduce inequívocamente a una decisión judicial arbitraria.

En nuestro país no se presentan denuncias casatorias expresamente basadas en la arbitrariedad; sin embargo, las que se sustentan en el absurdo, especialmente en la determinación de los hechos y en la evaluación probatoria, implícitamente alegan la arbitrariedad cuando describen el agravio que dicen les causa la resolución que impugnan.

3.1. Doctrina sobre el control casatorio en la determinación, apreciación o interpretación y calificación jurídica de los hechos.

Esta referida a la tarea que tiene el juzgador de determinar los hechos aportados al proceso utilizando los medios probatorios, luego a la apreciación e interpretación que debe hacer de ellos y, posteriormente, a la calificación jurídica que hace de los mismos, tareas que hace casi en un mismo acto. Se dice que todo lo relativo a los hechos corresponde a los jueces de mérito y no a la Corte de Casación, dada la finalidad Nomofiláctica del Recurso de Casación y que además no permitiría uniformizar la jurisprudencia.

Esta tendencia ante lo dicho en el párrafo anterior propone, la aplicación de la finalidad Dikelógica de la casación, en la que el control fáctico es indispensable para lograr enmendar el absurdo y para llegar a la justicia del caso concreto.

Nuestro ordenamiento procesal, si bien se rige por la casación pura, viene a través de la jurisprudencia, estableciendo que los hechos no pueden ser descartados de modo absoluto del Recurso de Casación.

Corresponde entonces, determinar cómo distinguir el **error de hecho** del **error de derecho**; el primero consiste en una falsa narración de un acontecimiento o en una falsa descripción de un acto, o en una equivocada percepción de una cosa, que puede conducir a un error de orden jurídico; mientras que el error de derecho puede consistir, por ejemplo: en la errada subsunción de esos hechos en una norma jurídica. Debemos tener presente que lo que se prueba en un proceso son los enunciados sobre los hechos, de modo que cuando decimos que determinado enunciado fáctico está acreditado, significa que el hecho descrito por la parte litigante ha ocurrido como tal.

En este caso, los hechos pueden ser de naturaleza externa, de naturaleza

interna y juicios de valor. Los hechos externos son sucesos, que se producen en la realidad, unos ocurridos con la intervención humana (el robo de un vehículo, la suscripción de un contrato de compraventa, un homicidio) y otros sin ella (el nacimiento de una persona natural, su muerte, la ubicación de una cosa material). Los hechos internos o psicológicos describen estados mentales de una persona, intenciones del sujeto, finalidad de la conducta observada o conocimientos. Finalmente hay hechos que contienen juicios de valor, es decir, comprenden calificaciones de conductas o interpretaciones del estado de las cosas. La mayoría de los hechos relevantes jurídicamente son los externos.

En materia jurídica, la observación mediante los sentidos, es la fuente esencial del conocimiento por parte del juzgador de los hechos descritos y afirmados por los litigantes, sin embargo, hay otras formas de conocer los hechos como el basado en una inferencia deductiva a partir de otros hechos verificados y el basado en inferencias de carácter inductivo a partir de otros hechos acreditados. Los jueces, al juzgar, recurren normalmente al conocimiento empírico para fijar los hechos, que es el conocimiento directo de los mismos. Este tipo de conocimiento indudablemente contiene una certeza probable más no una certeza absoluta. Por ello los jueces, en el conocimiento empírico que hagan de los hechos deben ser prudentes, so pena de incurrir en errores o falsedades.

Hay medios probatorios que tienen mayor eficacia que otros para acreditar determinados hechos, o que tienen mayor fuerza que otros para acreditar un hecho con mayor probabilidad. Todas estas disquisiciones nos lleva a reconocer al error judicial como uno de los argumentos esenciales que utilizan los litigantes para cuestionar el aspecto fáctico de las resoluciones. En efecto, se afirma, con no poca razón, que el mayor número de errores en las decisiones judiciales se producen en el ámbito de los hechos.

Al estructurarse una resolución, normalmente nuestros jueces recurren al

denominado silogismo judicial, en el cual la premisa mayor está dada por la norma jurídica aplicable al caso, cuyo supuesto fáctico es abstracto, la premisa menor está constituida por la norma elaborada por el Juez en base al hecho concreto probado en el proceso y que se subsume en el supuesto fáctico de la norma genérica aplicable a la controversia y la conclusión está contenida en el fallo. Como se puede advertir, la tarea de elaborar la premisa fáctica es fundamental y delicada, pues un error en ella llevará a la aplicación de una norma material impertinente o a la no aplicación de una norma pertinente al caso. La fijación judicial de los hechos tiene que ser el resultado de la descripción objetiva de los hechos ocurridos, descripción que debe referirse a hechos realmente sucedidos, como el Juez nunca ha tenido acceso directo a los hechos descritos y alegados, él tiene que recurrir a los medios probatorios que han sido utilizados para acreditar los hechos enunciados por las partes.

La fijación de los hechos es distinta de la calificación jurídica de los mismos. Esta última constituye la elaboración y valoración del supuesto de hecho concreto (premisa menor o fáctica) a efectos de subsumirlo dentro del supuesto fáctico abstracto de la norma jurídica aplicable a la materia en controversia. Primero el Juez fija los hechos, luego los califica, para después subsumirlos dentro de la norma abstracta. La calificación jurídica, aunque se asiente en una actividad empírica (la observación y descripción de determinados hechos), importa una decisión del Juez en el sentido de que los hechos probados en autos son subsumidos por él dentro del supuesto fáctico de la norma de derecho aplicable al caso.

¿Cómo proceden nuestras Salas de Casación en lo Contencioso Administrativo tratándose de la fijación o determinación de los hechos? En principio, casi como una regla, no parten en rigor de la premisa de que los hechos fijados por los Jueces de mérito son incuestionables y se tienen como ciertos, no obstante que se reconoce que los Jueces de grado son los juzgadores de los hechos y por tanto soberanos en esa materia. Por ello las Salas (nos referimos a sus integrantes) necesariamente revisan la demanda,

la contestación, los medios probatorios, las sentencias inferiores para conocer precisamente los hechos, en base a esa revisión determinan los hechos materia de la controversia, que a veces no coinciden con los relatados por los jueces de mérito.

Es oportuno también anotar, que los recurrentes en casación, en su gran mayoría, no dejan de invocar la causal relativa a la violación al debido proceso, y bajo ese marco, denuncian errores de hecho en que habrían incurrido los jueces de mérito, especialmente cuando se trata de calificar jurídicamente actos y contratos. En estos planteamientos, las Salas de Casación encuentran la oportunidad de corregir esos errores de hecho. Por tanto, nuestras Salas de Casación, de algún modo, se hallan inmersas dentro de la orientación casatoria de lograr la justicia en el caso concreto, cuando el error de hecho naturalmente es grave, arbitrario y determinante en la decisión judicial, si los jueces en Casación partieran del supuesto que los hechos descritos por los jueces de mérito son intangibles, la actividad casatoria sería diferente.

Como conclusión, se establece que lo importante es que el hecho mal fijado o mal calificado puede conducir a la infracción de una norma jurídica de orden material, caso éste que debe ser objeto del control casatorio, configurándose en este supuesto lo que se conoce también como violación indirecta de la norma.

Cabe anotar que la revisión de hechos en casación es difícil; por lo que, en la doctrina todas las posiciones que se adoptan sobre este tema son opinables y cuestionables.

Debemos precisar, que los jueces de fallo al ejecutar su tarea juzgadora lo primero que hacen es determinar o fijar la existencia de los hechos aportados al proceso mediante los medios probatorios, si hay equivocación en la precisión de uno o más hechos podría conducirlos a un error de subsunción y, por tanto, a un error de derecho, a continuación, los aprecia a

fin de establecer sus contenidos, sus elementos, sus características, etc., acto seguido los interpreta, y finalmente los califica jurídicamente, esta última actividad sí es una labor netamente de derecho, que debe sujetarse al control casatorio.

Por ejemplo, si se precisaran y apreciaran correctamente los hechos y, sin embargo, calificándola jurídicamente, a esos hechos se le aplicará una norma sustantiva que no le corresponde, esa aplicación podría derivarse de una errada calificación jurídica de los hechos, estaríamos frente a una típica subsunción equivocada, que debe ser objeto de control casatorio por tratarse de un error de derecho. La tarea de verificar si los hechos fijados y apreciados han sido correctamente subsumidos en la norma legal pertinente fijada por el Juez en observancia del *principio iura novit curia*, constituye indudablemente materia de casación.

Puede denunciarse casatoriamente la no aplicación de una norma material determinada, la errónea interpretación de una norma sustantiva en la tarea de subsunción, y puede denunciarse la aplicación al asunto sub litis de una norma sustantiva impertinente. Para determinar si se ha producido en las instancias de mérito una indebida aplicación de normas materiales al emitirse la decisión judicial, el juez de casación ineludiblemente tiene que conocer o verificar los hechos fijados, tiene que apreciarlos y calificarlos, pues sería ilógico concluir que en un caso dado se ha aplicado una norma impertinente si no se conocen los hechos aportados al proceso a los que se aplicó indebidamente una norma sustantiva.

Podemos concluir, que debiera regularse, el control sobre la determinación, apreciación, interpretación y calificación jurídica de los hechos, cuando exista error en la fijación y en la calificación jurídica de los hechos aportados al proceso, con las limitaciones necesarias para evitar el ejercicio abusivo de los recurrentes al invocar dicha motivación y para no distorsionar la verdadera finalidad del Recurso de Casación en estos supuestos.

3.2. Doctrina sobre el control casatorio en la valoración de los medios probatorios.

Esta tendencia explica que, la valoración de los medios probatorios constituye la fase culminante de la actividad probatoria, que se encuentra regulada por una serie de principios, como por ejemplo: el principio de lealtad, probidad y veracidad en materia probatoria; y puede ocurrir que en la evaluación de los medios probatorios, el Juzgador viole algún principio, de modo que distorsione su finalidad, o puede ser que el juez considere que un documento es suficiente para acreditar un hecho y decidir la controversia, no obstante existir en el proceso documentos de carácter público que desvirtúan el mérito probatorio del citado documento. Este tipo de violación y arbitrariedad son pasibles del control casatorio en determinados ordenamientos procesales, especialmente en aquellos que no se concretan sólo a cautelar la finalidad Nomofiláctica del recurso.

Asimismo, se debe tener presente que el error en la calificación de los hechos por parte del Juez conduce al error de subsunción, que es una tarea netamente jurídica.

Como se puede apreciar, una cosa es el control casatorio de la valoración probatoria efectuada por las instancias de mérito, y otra el control casatorio de la fijación, apreciación y calificación jurídica de los hechos aportados al proceso, utilizándose precisamente los medios probatorios.

Respecto a la valoración probatoria, debemos tener en cuenta lo siguiente: Para acreditar los hechos que las partes esgrimen como sustento fáctico de sus pretensiones procesales se utilizan los medios probatorios que la ley ha fijado, el Juzgador examina los medios probatorios, y extrae aquellas que le producen convicción sobre los hechos controvertidos, que le van a permitir dirimir la controversia o dilucidar la incertidumbre jurídica. La valoración conjunta de los elementos probatorios aportados al proceso es la más conveniente e idónea para llegar a la convicción fáctica, pues con ese método el juzgador va a encontrar con mayor facilidad las razones

convincientes que lo persuadan sobre la veracidad de los hechos para resolver el litigio, llegando incluso a establecer que hechos no responden a la verdad real, por haber sido ex profesamente fabricados o fraudulentamente actuados, el juez de fondo, por tanto, evalúa su convencimiento sobre los hechos alegados.

El juez en la labor antes descrita puede incurrir en error en el manejo de las reglas jurídicas de valoración probatoria o en un defecto en el resultado de la apreciación probatoria.

El artículo 188° del Código Procesal Civil regula lo siguiente: *“Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”*.

Para el autor DEVIS ECHANDÍA⁷⁹ probar es: *“(...) aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o al certeza del juez sobre los hechos... Prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios o procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos. Y se dice que existe prueba suficiente en el proceso, cuando en él aparece un conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento la certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales de preferir su decisión, obtenidos por los medios, procedimentales y sistemas de valoración que la ley autoriza”*.

SENTIS MELENDO⁸⁰, en relación a la valoración probatoria, dice lo siguiente: *“Verdadero sistema de valoración no hay más que uno, que exige la libertad del juez, ya que ante la ausencia de ésta no hay verdadera valoración, por cuando la fijación de los hechos sometida a pautas establecidas por el legislador nada tiene de tal (...) La prueba es libertad;*

⁷⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, 3ª ed, Víctor P. de Zavallía Editor, Buenos Aires, 1974, T.I. p. 34.

⁸⁰ SENTIS MELENDO, Santiago. *La Prueba*. EJE, Buenos Aires, 1978, p. 242.

pero es libertad con prueba, libertad de apreciación de la prueba; en manera alguna prescindencia de la prueba”.

Cabe precisar, que el sistema puro de casación ha permitido algunas atenuantes en el sentido de permitir la revisión de la razonabilidad aplicada por el juez de mérito en la apreciación de los elementos probatorios, en razón a los vicios que acaecen al desarrollar tal actividad originan en muchos casos errores, que a su vez imposibilitan la correcta aplicación de la norma jurídica. Y como se ha expresado anteriormente, el error puede producirse en la fijación, apreciación y calificación del hecho acreditado o en la calificación o valoración jurídica del medio probatorio, en cuyo caso el Tribunal de Casación tiene, una función correctora de la fijación, apreciación y calificación jurídica de los hechos y de la valoración probatoria ejecutada por los jueces de fallo, con lo que se propicia indirectamente una correcta aplicación del derecho material, esto ocurren en los sistemas casatorios que propician la justicia en el caso concreto.

Esta tendencia doctrinaria explica que hay supuestos concretos admitidos por la legislación comparada en los que se hace viable la casación como un mecanismo procesal para corregir los errores fácticos, como cuando el Juzgador llega, en la valoración del medio probatorio y en la apreciación y calificación de los hechos acreditados, al absurdo y, consecuentemente a la arbitrariedad. Constituye un absurdo cuando el juez por ejemplo, en la valoración de una prueba instrumental concluye sosteniendo que ella contiene un contrato de obra, no obstante que por los elementos que aparecen de su texto se trata en realidad de un contrato de compraventa; cuando se presenta el absurdo, hay imposibilidad de llegar a la verdad real de los hechos como soporte de una correcta decisión y, por tanto, la infracción de la ley material es evidente, el vicio del absurdo puede hacer viable el recurso cuando los organismos de mérito incurren en la evaluación probatoria en errores graves.

Los ordenamientos jurídicos que recogen el sistema casatorio puro u

ortodoxo, como el regulado por nuestro Código Procesal Civil, no permiten el control casatorio de las valoraciones probatorias, sin embargo, los organismos de casación, en la praxis judicial, incursionan en su control, en defensa de la corrección con que deben actuar los jueces en el ejercicio de su función, en defensa de los principios y de las reglas que regulan la apreciación y valoración probatoria, en defensa de los siguientes principios: veracidad, probidad, lealtad y buena fe, que rigen los procesos judiciales.

En el sistema casatorio puro el Tribunal de Casación no debe examinar los hechos fijados por el organismo de mérito ni para modificarlos, completarlos o desconocerlos, no obstante los errores que puedan contener; en todo caso, está autorizado para examinarlos sólo con el fin de verificar si el organismo de fallo ha aplicado correctamente o no la norma jurídica sobre tales hechos al resolver la causa, los hechos que deben respetarse son los determinados en la sentencia recurrida, donde se consignan las conclusiones respecto a la valoración efectuada sobre los medios probatorios utilizados y sobre los hechos acreditados en el proceso.

La casación, en el sistema puro, en rigor, no se orienta a controlar los hechos vinculados con el fondo del derecho sustantivo en controversia con el propósito de que el Tribunal de Casación obtenga su propia apreciación o calificación fáctica que sustituya a la realizada por el tribunal de mérito, ya que esa es la labor de los jueces de fondo.

La Corte de Casación, convertido en órgano jurisdiccional, en determinados supuestos en los sistemas sin reenvió, tiene el poder de decidir directamente sobre el fondo del asunto, observándose indudablemente el Principio de Economía Procesal.

En relación a los hechos que se producen en el desarrollo del proceso, la tendencia en estudio señala lo siguiente: si a través del Recurso de Casación se controlan los vicios de procedimiento, entonces los jueces de casación se convierten en jueces de los hechos de procedimiento. Esta sería

una excepción a la regla según la cual los jueces de casación no son jueces de los hechos, sin embargo no hay identidad entre los hechos que afectan la actividad procesal, que es el objetivo al que se dirige la casación por vicios de procedimiento o errores in procedendo, y los hechos sobre los que se articula la relación jurídica material de fondo debatida en el proceso, que son los que se incluyen dentro del ámbito de los errores in iudicando. La tendencia de la casación pura excluye del control casacional estos últimos hechos (hechos vinculados a los errores de fondo), advirtiéndose, si no se excluyera, la presencia del peligro de convertir a la casación en una tercera instancia.

Los hechos primeramente anotados (los hechos vinculados a los errores in procedendo), como se ha comentado ya, incuestionablemente son objeto del Recurso de Casación; sin embargo, una excepción a la aludida prohibición, como se ha mencionado también, propicia el control casatorio de los hechos referido al fondo del asunto bajo la justificación del caso concreto, en los supuestos por ejemplo, en que haya un evidente vicio del absurdo en que han incurrido los jueces de mérito, que la Sala de Casación pretende enmendar.

En conclusión, el control casatorio sobre los hechos de fondo, esto es, sobre su fijación, apreciación y calificación jurídica, valoración de los medios probatorios, sólo debe permitirse cuando se advierta en las instancias de mérito conclusiones absurdas, y por tanto arbitrarias y que hayan conducido a la infracción de la norma material, cuando los errores conducen a una equivocada subsunción. Debe existir una manifiesta arbitrariedad por afectación de la actividad probatoria para que la Corte Suprema se sienta legitimada a conocer los hechos que sustentan las sentencias arbitrarias, por constituir una violación del debido proceso.

4. La Casación como Tercera Instancia

La Corte Suprema en reiterada y uniforme jurisprudencia ha establecido que no es tercera instancia, por ser contrario a la naturaleza y fines del

recurso de casación que regula el artículo 384° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, esto es la función Nomofiláctica.

Al respecto, GUASCH FERNÁNDEZ⁸¹ sobre el tema dice lo siguiente:

“(...) La tercera instancia va referida a la posibilidad que tendría el TS (Tribunal Supremo) para examinar directamente si el juicio de hecho contenido en la sentencia es o no correcto. Es decir, si los hechos que un medio de prueba aporta pueden convencer o no en la misma medida que al Tribunal a quo. Así, el TS (Tribunal Supremo) volvería a apreciar la prueba volviendo a juzgar sobre los hechos que en la sentencia de segunda o primera instancia se consideran acordes con la realidad. No obstante, cuando se habla de una tercera instancia se suele incurrir en una falacia que deriva de la reiterada visión histórica de la casación. Es cierto que el TS (Tribunal Supremo) no constituye una última instancia en este sentido estricto ya que su competencia se reduce a controlar si la aplicación de la norma jurídica ha sido correcta por el Juez de instancia. Ahora bien, no debemos olvidar que esta finalidad viene integrada por la función uniformadora y de justicia del caso concreto. (...)”

En el fondo, late un problema de elección del modelo a seguir. Mantener un modelo clásico de casación o bien, pasar a una tercera instancia que realice una nueva decisión del caso concreto. Evidentemente, la elección de ir hacia una nueva instancia, es más una cuestión de política legislativa que estrictamente procesal (...)”

Lo afirmado por el autor, nos permite establecer que si bien es cierto, el recurso de casación en nuestro ordenamiento jurídico procesal tiene conforme al artículo 384° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364 por fines: *la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema*, en la praxis judicial, los magistrados deben examinar todo el material obrante

⁸¹ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. *El hecho y el derecho en la casación civil*. Barcelona, J.M. Bosch, 1998, pp. 409-411.

en autos para fundamentar su propio juicio jurisdiccional, ya que le es indispensable tener a la vista los elementos fácticos fijados en la causa, para la verificación del significado de la norma y acerca de la correcta comparación de los hechos que vienen a integrar el supuesto de hecho de la norma.

En sentido estricto, sólo se debe considerar que hay una nueva instancia cuando hay posibilidad real de revisar ampliamente las cuestiones fácticas y jurídicas producidas en la etapa anterior del juicio y también de aceptar, con limitaciones, nuevos medios probatorios.

Como ya se ha mencionado, la Corte de Casación se debe limitar al estudio y decisión de cuestiones de derecho, sin revisar el fondo de la controversia, esto es, el reexamen de los hechos y de los medios probatorios por parte de los Jueces.

El jurista TARUFFO⁸² sobre la revisión de hechos y pruebas por la Corte Suprema o de Casación, define dos modelos: “(...)

- a) *El modelo de la tercera instancia, que comienza a delinearse cuando la Corte de Casación pierde sus características originarias y se coloca - más que en el vértice de la pirámide jurisdiccional – en el vértice del sistema de las impugnaciones; perfeccionándose técnicamente cuando el recurso de casación se configura como impugnación ordinaria.*
- b) *El modelo de Corte Suprema, que está presente también a lo largo de la historia de la Casación, cruzándose con el otro y encontrando a veces manifestaciones de notable relieve. Ello puede ser reconocido por ejemplo en el Tribunal de Casación de los orígenes, que no era un órgano propiamente judicial (...).”*

⁸² TARUFFO, Michele. *Il vértice ambiguo*. Saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino. 1991. Traducido por: Juan J. Monroy Palacios y Juan F. Monroy Gálvez. Palestra Editores, Lima, 2005, pág. 222 ss.

Dicho autor considera que la Corte de Casación se comporta mucho más como Juez de tercera instancia que como Corte Suprema, es decir como vértice de la pirámide jurisdiccional.

La tendencia iberoamericana parece imponer, al menos en ciertos casos extremos en que si existe un absurdo evidente, la posibilidad de que la Corte de Casación pueda anular las sentencias basándose en un error evidente en la apreciación de la prueba, con el fin de lograr la verdadera justicia.

4.1. Origen del problema de identidad de la Corte de Casación.

Para entender el problema, es necesario remitirnos a los antecedentes históricos; bajo el Código de Procedimientos Civiles, es claro e indiscutible, que la Constitución de 1979 le otorgaba funciones de tercera instancia a la Corte Suprema, o al menos es lo que se podía interpretar de la redacción del artículo 241° cuyo texto señalaba: *“Corresponde a la Corte Suprema fallar en última instancia o en casación los asuntos que la ley señala”*⁸³.

Posteriormente, mediante la Ley N° 23436 publicada el 08 de junio de 1982, se estableció que todos los procesos que se tramitaran ante los fueros privativos, exceptuado el de trabajo, en los que intervenga el Estado, resultaba procedente la casación contra la resolución que pusiera fin al procedimiento; en estos casos, el recurso se interponía ante el órgano judicial que dictó la resolución, y dicho órgano debía elevar los autos a la Corte Suprema para que se analice el procedimiento, y resuelva casando o denegando el recurso.

Luego el Tribunal de Garantías Constitucionales se constituyó como nuevo órgano casatorio en el país, pues, el artículo 42° de la Ley N° 23385 de fecha 19 de mayo de 1982, estableció que: *“Agotada la vía judicial y mediante recurso extraordinario interpuesto por la parte o el Ministerio*

⁸³ “Constitución Política del Perú 1979”

Público, el Tribunal conocerá en casación de las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus y amparo”.

La casación que se creó era una con reenvío, por lo que los fallos del Tribunal no resolvían las cuestiones litigiosas sobre el fondo, sino que casaban las resoluciones declarando la nulidad de las mismas y devolviendo los autos a la Corte Suprema para que emitiera nuevo fallo.

Finalmente, la Constitución vigente de 1993, al igual que su predecesora de 1979, también consagra la función de casación de la Corte Suprema en su artículo 141°, cuyo texto señala: *“Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173”*⁸⁴.

Cabe precisar, que a diferencia de la Constitución de 1979, la Constitución vigente aclara el concepto de instancia única de casación de la Corte Suprema, pues, como ya se mencionó del anterior dispositivo constitucional se podía interpretar que la Corte Suprema, además de ejercer funciones de Corte de Casación, retenía su función en tercera instancia.

CARRION LUGO⁸⁵, uno de los más importantes propulsores de la aplicación de la función Dikelógica, señaló en un destacado artículo que: *“En la práctica, en nuestro país el resultado de la actividad casatoria, substancialmente no se diferencia del recurso de nulidad; pues encontramos decisiones que anulan actuados judiciales o resoluciones que se pronuncian sobre el fondo de la controversia, amparando o desamparando la demanda. En esta situación, los usuarios del servicio judicial, los señores abogados, los propios jueces de instancia y todos los que tienen que ver con la*

⁸⁴ “Constitución Política del Perú 1993”

⁸⁵ En: Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses, selección de Temas- El Recurso de Casación, Año III Nro. 6 CARRION LUGO, Jorge ¿El Recurso de Casación ha mejorado la Administración de Justicia en el Perú?

administración de justicia, no perciben ni sienten el cambio que se propusieron los que bregaron por la implantación del recurso de casación; pareciera que se estuviera en la misma rutina del recurso de nulidad, sin mayor variación”.

Al respecto el doctor, TORRES VÁSQUEZ ⁸⁶ considera que: “*El recurso de casación debe extender su ámbito de acción al control de este tipo de errores que, a no dudar, conducen no sólo a decisiones ilegales, sino injustas*”.

De lo expuesto, se determina que actualmente se atraviesa un período en el que ha entrado en crisis la identidad del recurso de casación que afecta nuestro sistema procesal; y que viene ocurriendo también en los sistemas de administración de justicia de otros países.

Así también, se puede concluir que este problema del control de los hechos y la valoración de los medios probatorios, se trataría en realidad de un problema de jueces, más que de leyes, pues, si la actitud de los jueces de casación es proclive a la realización de la justicia del caso concreto, siempre encontrarán los resquicios necesarios en la ley para llevarla a cabo, por estricta que esta sea respecto a la interdicción del control de hecho.

Lo expresado anteriormente, se puede corroborar con las resoluciones emitidas por la Corte Suprema, donde expresamente se aplica la función Dikelógica, por ejemplo: Cas. N° 1697-02, Cas. N° 831-02, Cas. N° 1725-03, etc.; así como, con la incorporación vía jurisprudencial de una causal no prevista en el Código Procesal Civil antes de su modificatoria por la Ley N° 29364, me refiero a la *contravención por excepción*.

Sobre el tema CALAMANDREI⁸⁷ escribe: “*si se quiere hacer regresar el*

⁸⁶ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Prólogo a la Segunda Edición. En el libro: CARRIÓN LUGO, Jorge. *El Recurso de Casación en el Perú*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2003, Lima, Vol. I, p. XIV.

⁸⁷ CALAMANDREI, Piero. *La casación civil (Bosquejo general del instituto)*. Vol. 3. Tomo II. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Oxford University Press, México D.F., 2000, p. 371.

instituto de la casación a su carril, hay que, con específicos artículos de ley, recordar a los litigantes, a los abogados y a los jueces que ella no debe servir para reformar sentencias injustas, sino solo para garantizar la exactitud de la interpretación jurisprudencial: y que por lo tanto (...) al juez de casación le está prohibido cualquier reexamen de la interpretación dada por el Juez de fondo a negocios jurídicos, cuando ella no constituya un error de derecho, y aunque ella estuviera en abierta contradicción...con el tenor de la declaración de voluntad de interpretar”.

Finalmente, se determina que el modelo de casación no está en crisis, y que lo que se tiene que replantear es el funcionamiento de la Corte y la real función que la Casación desarrolla en el sistema de administración de justicia.

CAPÍTULO VI

LA PRUEBA

El derecho a probar es un derecho fundamental que tiene toda persona por el solo hecho de serlo (derecho subjetivo), y que puede utilizar dentro de un proceso conforme a los principios que lo regulan; no tiene por objeto convencer al juzgador sobre los hechos afirmados por las partes, sino que éste admita y actúe los medios probatorios ofrecidos por las partes, y los valore debidamente, a fin de que sean tenidos en cuenta al momento de que se emita sentencia.

Lo que se pretende a través de la prueba, es generar convicción o certeza sobre los hechos afirmados por las partes o demás sujetos procesales, la certeza a la que llega el juez no es absoluta, sino una histórica, psicológica o humana.

BUSTAMANTE ALARCÓN⁸⁸ escribe al respecto: *“su calidad de derecho fundamental implica que puede ser ejercido en cualquier orden jurisdiccional, interno o internacional, en cualquier tipo de proceso o procedimiento – así sea este último: administrativo, militar, arbitral o particular (...)”*, la vulneración de este derecho fundamental significaría una afectación del orden constitucional e internacional.

Como veremos más adelante el derecho a probar no obliga al juez a declararse convencido de la existencia o no de los hechos afirmados por las partes, sino que éste tiene libertad para apreciarlos conforme a las reglas de la sana crítica, esto significa que su valoración sólo debe responder a las reglas de la lógica, la ciencia, de la técnica y el derecho, teniendo en cuenta las máximas de experiencia.

⁸⁸ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El Derecho fundamental a probar y su contenido esencial*. En: Derecho Procesal Civil Estudios. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, 2009, p. 273.

Cabe anotar, que el derecho a probar del que gozan las partes del proceso y los terceros legitimados, es un derecho limitado por los principios que le dan contenido, como el de pertinencia, idoneidad, oportunidad, preclusión, adquisición, entre otros.

Al respecto, el artículo 188° del Código Procesal Civil, ha establecido: *"Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones"*.

1. Principios generales de la prueba

Los principios procesales son las directivas, dentro de las cuales se desarrollan las instituciones del proceso, éstos vinculan cada institución procesal a la realidad social en la cual actúan o deben actuar.

El derecho a probar se rige por una serie de principios que inspiran el debido proceso y otros, por preceptos constitucionales que se aplican de forma coordinada dentro del ordenamiento jurídico.

Como se mencionó anteriormente, el derecho a probar importa que el juez admita los medios probatorios ofrecidos por los litigantes y terceros legitimados, de conformidad con los principios procesales que fijan su contenido, siendo los más importantes los siguientes:

1.1. Legalidad de la prueba.

No debe confundirse la legalidad con la legitimidad de la prueba; en el primer caso, nos referimos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar; y el segundo caso está referido sobre todo a la ausencia de vicios, tales como dolo, error o violencia.

En los actos procesales, el lugar, el tiempo y la forma condicionan la expresión de las actividades en relación con solemnidades a reunir y presentar; pero también por legalidad ha de entenderse el contenido intrínseco de los medios probatorios, los que no deben estar afectados por

ningún tipo de vicio invalidante (inmoral, por dolo, error, violencia, etc.).

El artículo 191° del Código Procesal Civil, estipula: "*Todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en este Código, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el artículo 188°.*

Los sucedáneos de los medios probatorios complementan la obtención de la finalidad de éstos.

1.2. Preclusión de la prueba.

Es una formalidad de tiempo u oportunidad para la presentación de la prueba, cada medio probatorio tiene un tiempo de incorporación, subsanación, de producción y de respuesta; en este caso, las partes y el juez tienen control del tiempo, si alguna etapa se interrumpe, paraliza o es insuficiente, la prueba se pierde, se presentan las figuras de la negligencia y la caducidad.

1.3. La inmediación en la prueba.

La inmediación tiene por objeto que el juez tenga contacto directo con los hechos mencionados por las partes, testigos y peritos; así como, con los medios probatorios que forman parte del juicio.

El artículo 202° del Código Procesal Civil señala: "*La audiencia de pruebas será dirigida personalmente por el Juez, bajo sanción de nulidad. Antes de iniciarla, toma a cada uno de los convocados juramento o promesa de decir la verdad (...).*"

Como vemos, es "deber" del juez estar presente en la audiencia, el último párrafo del artículo 203° del citado cuerpo procesal, establece una nulidad absoluta cuando no concurren ambas partes a la audiencia, que obliga a reconducir el acto procesal a las formas previstas para el desarrollo del "debido proceso".

Así lo establece, también, el artículo V del Título Preliminar del Código antes citado, al indicar que: "*Las audiencias y la actuación de medios*

probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad (...)”.

1.4. De concentración.

Se trata de concentrar los actos procesales y que estos se realicen en un breve espacio de tiempo, lo que se pretende es que el proceso se lleve a cabo en una sesión, o en la menor cantidad de audiencias, consiste pues en reunir en una sola audiencia varios actos procesales para su actuación.

Algunos autores consideran que el Principio de Concentración se genera a partir del Principio de Inmediación, pues, sostienen que es una consecuencia lógica del mismo.

1.5. Unidad de la prueba.

Esto significa que el caudal probatorio que ha llegado al proceso debe formar una unidad, y como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, a fin de que este pueda adquirir el grado de convencimiento necesario que le permita resolver el caso que se le presente.

1.6. Comunidad de la prueba o de adquisición.

En este caso, la prueba no pertenece a quien la propone o presenta, sino que forma parte del proceso; por lo que, se le debe tener en cuenta para verificar la existencia o inexistencia del hecho que se pretende probar, sin importar que beneficie o no los intereses de quien la presentó.

Los actos procesales como documentos o informaciones que hubiesen sido admitidos por el juez, dejan de pertenecer a quien lo presentó y pasan a formar parte del proceso, siendo posible que el litigante que no intervino se beneficie con la incorporación o admisión de dicha prueba.

1.7. La contradicción de la prueba.

Por este principio las partes tienen el derecho a conocer la prueba presentada por la otra, a fin de discutirla o rebatirla, no existe prueba

reservada, este principio guarda relación con los principios de unidad y adquisición.

La prueba practicada antes del proceso o extrajudicialmente, lo que puede ocurrir en materia penal, civil, laboral y contencioso administrativo, luego debe ser ratificada o repetirse dentro del proceso. El derecho a la contradicción se caracteriza por ser público, subjetivo, que corresponde al demandado en los procesos contenciosos, y que tiene su origen fundamental en el derecho de defensa, del que nadie puede ser privado.

1.8. Libertad de la prueba.

Consiste en que las partes y el juez puedan obtener todas las pruebas que sean pertinentes e idóneas, con excepción de aquellas sean inútiles por existir presunción legal o sean claramente impertinentes.

Lo que se busca es no limitar los medios probatorios pertinentes, a fin de que pueda probarse todo aquello (hechos) que de alguna manera puedan influir en la decisión final del juez.

1.9. La pertinencia y conducencia o idoneidad de la prueba.

La pertinencia se refiere a la relación entre el hecho que sustenta la pretensión versus el hecho narrado en el medio probatorio propuesto; mientras que, la idoneidad del medio probatorio se refiere a los que la ley señala taxativamente.

Conforme al artículo 191° del Código Procesal Civil son medios de prueba idóneo: *“Todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en este Código, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el Artículo 188 (...)”*.

1.10. La carga de la prueba.

Consiste en la obligación que tiene cada una de las partes en el proceso de presentar medios probatorios al juez, a fin de generar en él certeza o convicción sobre los hechos materia de controversia.

Este principio le permite al Juzgador, resolver el proceso, cuando falte la prueba, sin tener que abstenerse de resolver el fondo.

1.11. Dirección del proceso.

DÍAZ⁸⁹ ha señalado que: *"el poder de conducción o de dirección del proceso, el poder de esclarecer la verdad de los hechos del proceso, etc., independientemente de su categorización dentro de los poderes-deberes, son manifestaciones del principio de autoridad, cuya concepción dependerá de la respuesta que se dé sobre cuáles son los límites de la función del Juez en el Derecho Procesal"*.

El artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil, señala: *"La dirección del proceso estará a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código"*.

El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código".

Asimismo, el artículo 194° del Código Adjetivo modificado por la Ley N° 30293, publicado el 28 de diciembre de 2014, respecto a la prueba de oficio establece: *"Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso (...)"*.

De las citadas normas se puede concluir, que los Jueces tienen facultades y poderes de dirección en el proceso y de iniciativa para averiguar la verdad de los hechos alegados, estos deben aplicarse porque la omisión

⁸⁹ DIAZ, Clemente. *Instituciones de Derecho Procesal*, tomo I, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 339.

lo conduce al ejercicio irresponsable de la jurisdicción.

El poder, se puede presentar de dos formas, primero como jurisdiccional, esto es, el poder-deber de resolver los conflictos humanos aplicando el derecho objetivo con el fin de lograr la paz social; y segundo, como procesal, cuya finalidad se relaciona con el derecho al proceso y sus consecuencias, tales como el acceso a la justicia sin restricciones, el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, el derecho de defensa etc.

Desde este punto de vista, los poderes procesales se intercalan con las facultades, sujeciones, cargas y exigencias que tienen las partes, dando operatividad a un proceso que dimana de la disposición de los interesados (partes procesales) y que resulta dirigido por un juez atento a la necesidad que resguarda la debida sustanciación de la litis.

De lo antes expuesto, se determina que la finalidad de los medios probatorios es acreditar los hechos expuestos por los litigantes y generar certeza en el juzgador respecto de los puntos controvertidos.

2. Los Sistemas Probatorios

Conforme la doctrina, tenemos el sistema dispositivo, que deja en manos de los litigantes el control del proceso, (el inicio, determinación del contenido y objeto e impulso del mismo), además de la aportación de la prueba; mientras que, en el sistema inquisitivo es el juez quien tiene estas facultades.

Estos dos sistemas son determinantes para la regulación legal de la cuestión probatoria del proceso, sea civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etc.

2.1. Sistemas Dispositivo e Inquisitivo.

Para que se considere dispositivo un proceso lo principal es que solo los litigantes tengan la facultad de disponer y promover el caudal probatorio; y para considerarlo inquisitivo se debe permitir la investigación de oficio de los hechos por el juez.

En el sistema dispositivo, la prueba es exclusiva de las partes; vale decir, el juez debe resolver la controversia planteada en base a la convicción o certeza que logre a partir de las pruebas presentadas por las partes, es este proceso predomina de forma absoluta el interés privado.

En cambio, en el sistema inquisitivo predomina lo opuesto; es decir, en este caso el juez tiene la iniciativa, y por tanto, el deber de investigar los hechos, formar el material de conocimiento y adoptar las medidas necesarias para el avance del proceso.

El principio inquisitivo supera al interés privado, en este caso predomina el interés público. Esto supone que:

“1) el inicio de la actividad jurisdiccional no dependa de la voluntad de un particular sino del propio órgano o del Ministerio Público. Si fuese un proceso penal, quedaría sujeto a la legalidad de los presupuestos que permiten actuar al Fiscal en la acusación;

2) la determinación del objeto del proceso no está abandonada a las partes; ni es el marco de la pretensión y la resistencia las que señalan el thema decidendum; por eso, el órgano judicial no está vinculado a los planteamientos y puede repensarlos y calificarlos con cierta libertad;

3) naturalmente si los particulares no disponen del interés colectivo en juego en el proceso, no pueden ponerle fin. No rigen los denominados modos anormales de terminación de la litis”⁹⁰.

2.2. Aportación de la prueba.

Cabe anotar, que el principio dispositivo no se transforma en inquisitivo porque al juez se le otorgue deberes y facultades ordenatorias e instructorias; la inquisición pura, la podemos encontrar en el proceso penal, donde: *"todos los órganos del Estado, sin excepción, tienen el deber de inspirarse en un criterio puramente objetivo de justicia, hasta el punto en que -en los límites de sus respectivas atribuciones- deben procurar que ingrese*

⁹⁰ MONTERO AROCA, Juan - ORTELLS RAMOS, Manuel - GOMEZ COLOMER, Juan Luis: Derecho Jurisdiccional, tomo I, ed. Bosch, Barcelona, 1989, p. 501.

al proceso toda la prueba jurídicamente relevante, sea contraria o favorable al imputado; las partes carecen de todo poder dispositivo, de tal modo que su voluntad no tiene eficacia para limitar el objeto o los medios de prueba (la confesión no tiene valor formal); no se trata de probar tan sólo los hechos controvertidos (expresión de esos poderes dispositivos), sino de descubrir la verdad; rige el principio general sobre la libertad del objeto y de los medios de prueba (salvo casos excepcionales, cualquier cosa se puede probar y por cualquier medio); no tiene aplicación la teoría de la carga de la prueba; no hay presunciones ni ficciones legales. Todas éstas son consecuencias del principio fundamental de la verdad real o histórica (...)"⁹¹.

El principio dispositivo conserva la regla de que son las partes las que aportan el material probatorio sobre los cuales va a resolver el juez, el artículo 189° del Código Procesal Civil, establece que: *"Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código"*.

Pese a lo expuesto, se debe tener en cuenta que el juez puede romper este cerrado formalismo, pues, está obligado no solo a responder al interés de las partes, sino también al sentimiento de justicia y autenticidad en la verdad dentro del proceso. Es así que los jueces pueden actuar pruebas de oficio como así lo regula el artículo 194° del Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 30293, publicado el 28 de diciembre de 2014, que establece: *"Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso (...)"*.

⁹¹ VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, tomo I, ed. Lerner, Buenos Aires, 1969, p. 346.

El juez también puede admitir prueba relevante y decisiva aun vencido el término pertinente, como lo prevé el artículo 201° del Código ya citado, cuando señala: *“El defecto de forma en el ofrecimiento o actuación de un medio probatorio no invalida éste, si cumple su finalidad”*.

Cabe mencionar que el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 (Ley del Proceso Contencioso Administrativo) también admite la actuación de prueba de oficio como se aprecia en su artículo 32° que señala: *“Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes”*.

Lo hasta aquí expresado, me permite concluir, que el derecho a probar es un derecho inherente a todo sujeto de derecho, cuyo contenido esencial consiste en admitir, actuar y valorar los medios probatorios ofrecidos por las partes, para acreditar los hechos que forman parte de su pretensión o defensa, debiendo el titular ejercerlo conforme a los principios que lo inspiran y delimitan.

3. El Objeto de la prueba

Podemos definir la prueba, como la generación de certeza en el juez, respecto de las afirmaciones formuladas por los litigantes, cuyo esclarecimiento resulta necesario para resolver el conflicto jurídico; de lo dicho, se puede concluir que lo que se prueba (*thema probandum*) son precisamente los hechos.

El objeto de la prueba, está limitado por los hechos afirmados por los litigantes, pero no todos los hechos, sino solo aquellos afirmados que sean a la vez, discutidos y discutibles; es decir, los hechos controvertidos que permitan resolver el tema central del proceso; por lo tanto, el objeto o fin de la prueba es demostrar la verdad de los hechos que forman parte de la pretensión y no otros.

En doctrina predomina el concepto de que los hechos son el objeto de la prueba, incluye la ley extranjera, la costumbre y el juicio que se haya formado sobre los hechos.

En estos casos, el Juez no puede investigar reemplazando el interés particular de las partes, pues, se le considera un tercero imparcial.

Se debe tener en cuenta, además, que existe diferencia entre objeto, tema y carga de la prueba, al respecto TARAMONA HERNÁNDEZ⁹² escribe: “ a) *Por objeto de la prueba debe entenderse lo que se puede probar en general, aquello que puede recaer la prueba (...)*

b) Por necesidad o tema de la prueba (thema probandum) se entiende lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate (...)

c) La carga de la prueba determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, es decir, cuáles hechos, entre los que forman el tema de la prueba en ese proceso necesita cada una que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones (...)

En el proceso de jurisdicción voluntaria se identifican las dos últimas nociones, porque el actor debe probar todos los hechos que el Juez necesita conocer para decidir”.

3.1. La prueba y el objeto de la prueba.

Estos dos conceptos son relevantes y guardan relación, ya que no se concibe la una sin la otra.

Como se mencionó anteriormente el objeto de la prueba debe entenderse como todo aquello que es posible de comprobar ante el órgano judicial correspondiente, para los fines del proceso en general.

En cuanto a las pruebas ofrecidas para acreditar los hechos alegados; en

⁹² TARAMONA HERNÁNDEZ, José. *Teoría General de la Prueba Civil*. Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, 1998, pp. 85-86.

esta etapa, el juez se convierte en receptor y solo puede ponderar si los medios probatorios presentados guardan relación con los hechos afirmados por las partes; el juez está prohibido de investigar sobre la existencia de hechos no alegados.

La actividad probatoria debe recaer solo sobre las afirmaciones contenidas en los documentos que forman parte del proceso, o bien aquellos aducidos y admitidos oportunamente como hechos nuevos; en caso contrario, se vería transgredido el Principio de Congruencia, que tiene sustento en el artículo VII del Título Preliminar, del Código Procesal Civil, que dice: *"El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes"*.

El Principio de Igualdad en las Pruebas, se complementa con la posibilidad adecuada de controvertir la eficacia probatoria del medio, cuestionar la validez de su aportación, o controlar la producción, es consecuencia, del principio de publicidad en el proceso, como de la bilateralidad y contradicción.

4. Los Hechos y la Prueba

Los hechos como objeto de la prueba judicial, debemos entenderlo, en un sentido amplio; es decir, como todo lo que puede probarse para fines procesales; más no en su sentido literal, ni limitado a sucesos o acontecimientos.

En tal sentido, la doctrina establece que se debe entender por hechos: *"a) todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, y el juicio o calificación que de ellos se tenga; b) los hechos de la naturaleza, en que no interviene la actividad humana; c) las cosas o los objetos materiales y*

cualquier aspecto de la realidad material sean o no producto del hombre, incluyendo los documentos; d) la persona física humana, su existencia y características, estados de salud, etc.; y e) los estados y hechos síquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad, siempre que no impliquen una conducta humana apreciable en razón de hechos externos, porque entonces estaría dentro del primer grupo”.

Para ciertos juristas, las máximas de la experiencia, así como, la ley extranjera y la costumbre, son objeto de prueba diferente al de los hechos, más adelante se analizará este tema.

4.1. Pertinencia e improcedencia de la prueba.

El artículo 190° del Código Procesal Civil, señala:

“Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez (...)”.

Este sistema participa de la unidad que el proceso importa, de manera que la prueba cuenta con modalidades propias que definen requerimientos singulares, diferentes a los ya visto.

4.1.1. Libertad de la prueba

Al respecto DEVIS ECHANDÍA⁹³, dice: *“Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar, o que resulten inútiles por existir presunción legal que las hacen innecesarias, o sea claramente impertinentes o inidóneas”.*

⁹³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de las pruebas judiciales*, tomo I, p. 55.

La libertad de la prueba transmite sus principios a los medios que pueden ofrecerse, eliminando el "*númerus clausus*", tal como, se aprecia de los artículos 192° y 193° del Código Procesal Civil, que señalan que los medios probatorios pueden ser típicos y atípicos; y al objeto que ha de verificarse, lo cual lleva a impedir que se corten cuestiones de hecho que impidan una visión de conjunto de las circunstancias.

Como el resultado de la prueba se consagra en la valoración final, es necesario impedir acotamientos en el material cognoscitivo, dado que lo fáctico nutre la esencia del problema, y éste se resuelve abordando puntualmente las cuestiones que generan controversia.

4.1.2. Admisibilidad y pertinencia de la prueba

La admisibilidad está referida a la aceptación, por el juez, de los medios probatorios presentados por los litigantes, así como, los que se practiquen en el trámite del proceso.

Si la prueba no es admitida, la misma carece de valor legal, y por tanto, no puede ser tenida en cuenta para resolver el caso controvertido; si esto ocurriese se estaría vulnerando los principios de lealtad, contradicción, publicidad y formalidad de las pruebas.

La admisión importa una calificación previa de legalidad y pertinencia del medio probatorio presentado, esto no significa que el juez ya se esté valorando dicha prueba.

La pertinencia exige que haya relación entre el hecho que se quiere demostrar (pretensión) con el hecho contenido en el medio de prueba presentado para tal fin; en tal sentido, serán considerandos impertinentes los medios de prueba que tengan por fin aclarar hechos no controvertidos o que no generen discusión.

El artículo 229° del Código Adjetivo, por ejemplo, muestra casos de

testigos inadmisibles, frente a la descalificación intrínseca por razones de fondo, tenemos las descalificaciones por motivos procesales (extrínsecos).

El artículo 189° del mismo cuerpo legal estipula que: *"Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código"*.

Por causas formales, la prueba es declarada inadmisibile cuando existe ambigüedad en su ofrecimiento lo que imposibilita su producción, un ejemplo de esto lo constituye los testigos que no se identifican, entre otros.

En este caso, la regla se rige por el artículo 201° del Código Procesal Civil, que regula: *" El defecto de forma en el ofrecimiento o actuación de un medio probatorio no invalida éste, si cumple su finalidad"*.

De lo hasta acá dicho, se concluye que solos los medios de prueba pertinentes serán admitidos, donde la admisibilidad es una fase o etapa de la actividad probatoria dentro del proceso, trascendente, pues, solo los medios probatorios que hayan pasado esta etapa tendrán valor legal y podrán ser tenidos en cuenta por el juez, para resolver el hecho controvertido.

4.1.3. Conducencia de la prueba

Viene a ser la *"aptitud legal o jurídica de la prueba para convencer al Juez sobre el hecho a que se refiere"*⁹⁴.

La conducencia está referida a la capacidad que tiene un medio probatorio para acreditar el hecho controvertido dentro del proceso. Es posible, que un medio probatorio pueda ser inadecuado pero declararse admisible; más no es posible, que una prueba declarada inadmisibile sea considerada adecuada.

Se diferencia con la prueba pertinente, porque aquella es la relación

⁹⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de las pruebas judiciales*, tomo I, p. 186.

entre los hechos que se pretende llevar al proceso (pretensión) con los hechos que son tema de prueba en este; en cambio, la conducencia está referida a la trascendencia jurídica para generar convencimiento.

4.1.4. Utilidad de la prueba

Conforme a la doctrina la utilidad probatoria consiste en: *“las actividades encaminadas a formar la convicción judicial, se relaciona con la pertinencia y la admisibilidad, pero la diferencia estriba en que la razón de lo útil es contingente e hipotética, se verá recién la eficacia al tiempo del pronunciamiento; esta aleatoriedad no impide apreciar la utilidad de la prueba en conjunto o en cada medio, e inclusive, aceptar como de mayor contundencia demostrativa una prueba que otra”*.

4.2. Las cuestiones que son objeto de prueba.

El Código Procesal Civil, en el artículo 442° prevé lo siguiente:

"Al contestar el demandado debe:

- 1.- Observar los requisitos previstos para la demanda, en lo que corresponda;*
- 2.- Pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda. El silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados;*
- 3.- Reconocer o negar categóricamente la autenticidad de los documentos que se le atribuyen, o aceptar o negar, de igual manera, la recepción de documentos que se alega le fueron enviados. El silencio puede ser apreciado por el Juez como reconocimiento o aceptación de recepción de los documentos;*
- 4.- Exponer los hechos en que funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara;*
- 5.- Ofrecer los medios probatorios; y*
- 6.- Incluir su firma o la de su representante o de su apoderado, y la del Abogado. El Secretario respectivo certificará la huella digital del demandado analfabeto".*

Se puede observar de este artículo, que son materia de prueba las afirmaciones referidas a hechos que son controvertidos, es decir, afirmados por una parte y negados por la otra, y útiles para la solución del caso.

Debemos precisar que son hechos alegados, los que fueron introducidos en los escritos constitutivos de demanda, reconvención y sus contestaciones; sin perjuicio de aquellos que se agreguen como "hechos nuevos".

Frente a hechos evidentes o de fácil demostración, existen otros hechos que requieren de los auxilios establecidos por la ley para alcanzar la finalidad de todo medio probatorio; entre estos tenemos los indicios, que son definidos como: *"expresión o función significa que tiene un fundamento objetivo independiente del sujeto que lo interpreta y guarda una conexión natural con el objeto a quien sustituye o representa"*⁹⁵, en estos casos la prueba es resultado de una valoración.

4.2.1. Prueba del derecho

Si bien es cierto, existe la regla general de que el derecho no se prueba; así como, el principio general que establece que se presume su conocimiento; también es cierto, que existen algunas excepciones, por ejemplo cuando la existencia de la ley es discutida o controvertida, o cuando la ley no existe.

Cabe anotar, que si las partes discuten la existencia del derecho, sin presentar prueba alguna, ello no es óbice para que el juez resuelva el conflicto de intereses investigado, en cuyo caso es aplicable el principio *iura novit curia*.

4.2.2. La Costumbre

El artículo 190° del Código Procesal Civil, estipula: *"Los medios*

⁹⁵ MUÑOZ SABATE, Luis. *Introducción a una semiótica probática (ciencia de los indicios)*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 1980-1, p.171.

probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión (...)"; como vemos esta surge en los casos en que la costumbre es fuente del derecho, como por ejemplo los usos comerciales, en materia de medianería, etc.

Para algunos tratadistas, la costumbre puede no requerir prueba en dos casos: Cuando sea un hecho notorio y cuando consta en sentencia dictada por Tribunal; señalan que fuera de estos casos la costumbre puede ser probada mediante declaración de testigos o dictamen pericial, este último medio resulta el más idóneo.

5. Hechos exentos de prueba

Son diversos los motivos, a partir de los cuales un hecho puede quedar exento de ser probado o ser tema de prueba, a pesar de formar parte del proceso.

Sobre el tema, el artículo 190° del Código Procesal Civil, establece: "(...) *Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:*

1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia;

2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos;

Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales;

3. Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario; y

4. El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los jueces. En caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido.

La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el Juez si el superior revoca su resolución

antes que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar".

La actividad de las partes determina la marcha del litigio y, a partir de los escritos constitutivos queda delineada la órbita de los intereses en conflicto. Estos constituyen, dijimos, los hechos pertinentes y conducentes, es decir, las cuestiones que ocupan el *thema decidendum* y que se abastecen de la articulación oportuna que los sujetos han realizado.

5.1. Hechos confesados o admitidos por ambas partes.

Para que un hecho necesite ser probado, es necesario que no haya sido admitido expresa o tácitamente o confesado por la otra parte, antes de empezar el estadio probatorio, porque si lo hace, dicha admisión o confesión constituye prueba suficiente, salvo disposición legal en contrario.

Como vemos, el hecho confesado judicialmente por la parte contraria, antes del proceso, en la contestación de la demanda, o antes de iniciar la etapa probatoria, genera el mismo efecto jurídico procesal, esto es, que ya no es necesario probarlo, a menos que la Ley exija un medio distinto.

La controversia es requisito para que el hecho necesite ser probado y no para ser objeto de la misma, como aceptan algunos autores.

Cuando la Ley establece que el hecho no debe ser probado, por no ser discutido o negado, lo que hace es presumir su admisión, esto último produce dos efectos procesales, el primero, obligar al juez a tenerlo en cuenta y a considerarlo suficientemente probado, a menos que la Ley exija otro medio especial, o segundo, que la parte que lo admita carezca de facultad para confesar, o que el Juez sospeche colusión o fraude, o que el hecho sea contrario a otro notorio o parezca imposible por ser contrario a reglas elementales de la experiencia; los efectos se asimilan al de la confesión.

En conclusión los hechos admitidos, son aquellos reconocidos por ambas partes.

La admisión puede ser simple y calificada. Es simple, cuando el hecho afirmado por la otra parte se acepta sin cuestionamiento alguno, y será calificada, *“cuando se acepta ese hecho, pero introduciendo en él aclaraciones y explicaciones o atribuyéndole una configuración jurídica diferente, por ejemplo, frente a la alegación del actor que entregó un dinero en préstamo, el demandado puede decir: `es cierto que recibí el dinero, pero no en calidad de préstamo, sino de donación”*⁹⁶.

En cuanto a la admisión tácita, debemos decir que depende del efecto jurídico que le asigne el ordenamiento jurídico, al silencio.

5.2. Hechos presumidos legalmente.

La presunción no constituye prueba, por el contrario, exime o dispensa a las partes de probar; en tal sentido, si la parte interesada presenta pruebas respecto el hecho presumido, dicha prueba será considerada superflua o innecesaria, por lo que, en estos casos el juez la debe rechazar, a menos que se este impugnando.

5.3. Hechos materia de cosa juzgada o decisión prejudicial.

El hecho reconocido en una sentencia con autoridad de cosa juzgada, obviamente no necesita de otra prueba.

5.4. Hechos no pertinentes o irrelevantes e imposibles.

La pertinencia del hecho y la posibilidad de que este exista son requisitos necesarios para que sea objeto de prueba. Si el hecho no influye en la decisión será claramente innecesaria y, por tanto, el juez lo rechazará por economía procesal, solo en aquellos casos donde sea absoluta o manifiestamente impertinente.

⁹⁶ FENOCHIETTO, Carlos E. -ARAZI, Roland. *Código procesal civil y comercial de la Nación*, tomo 2, ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 256.

5.5. Hechos cuya prueba prohíbe la ley.

Al respecto DEVIS ECHANDÍA escribe: *“si la ley prohíbe un hecho por razones de moral o de otro orden, ese hecho resulta excluido del objeto concreto de prueba, aun cuando se relacione con la materia debida y constituya un presupuesto de la pretensión o excepción, esto significa, que con mayor razón tal hecho no puede formar parte de la prueba”*⁹⁷.

5.6. Prueba de los hechos negativos.

Quien genera un hecho negativo debe demostrarlo, el *onus probandi* no cambia, por ejemplo quien dice: “no me corresponde pagar” tendrá que demostrar porque no le corresponde el pago de determinada obligación.

DEVIS ECHANDÍA⁹⁸ señala: *“cuando estas negativas se basan en la nada, no implican ninguna afirmación opuesta, o indirecta, por ejemplo: en mi pueblo no existe petróleo; nunca he tenido propiedad alguna; y por ello no deben verificarse; otras, en cambio, son negativas aparentes, como quien dice: **esta piedra no es un diamante**, también llamadas formales, que, a su vez, se divide en negaciones de derecho, por ejemplo: este contrato no es de mutuo; de cualidad por ejemplo: Juan no es legalmente capaz; y de hecho cuando se dice: Pedro no ha muerto, es decir, está vivo”*.

5.7. Los hechos notorios.

Son aquellos que forman parte de la cultura de un grupo o sector social, es un concepto relativo, pues, no existen hechos conocidos por todas las personas.

Desde el antiguo derecho romano se ha venido aceptando el principio que exonera de toda prueba al hecho notorio; sin embargo, y a pesar de haber sido consagrado por la doctrina y admitido por el derecho canónico, existen aún entre los autores modernos, desacuerdos sobre este tema.

⁹⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de las pruebas judiciales*, tomo I, p. 119.

⁹⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de las pruebas judiciales*, tomo I, p. 122.

Cabe precisar, que en el derecho canónico lo notorio significaba: *“la propiedad de ciertos hechos que no pueden negarse más que en acusada mala fe”*⁹⁹.

Sobre el tema GUASP¹⁰⁰ escribe: *“hechos notorios son verdades científicas, históricas, geográficas, generalmente reconocidas, cuya notoriedad estriba, solamente, en el más intenso conocimiento que provoca en el que está destinado a recibirlo”*.

Conforme al Código Procesal Civil, los hechos notorios pueden ser invocados por el juez, aunque no hayan sido alegados por los litigantes, lo que significa que no es necesario que sean probados.

6. Situaciones subjetivas que eximen de probar

En este caso, se exonera de la obligación de probar, bajo el argumento de que el Juez tiene la experiencia suficiente que le permite resolver en un determinado sentido, sin la necesidad de que las partes aporten mayores elemento de prueba.

6.1. Conocimiento privado del Juez.

No debe confundirse el conocimiento personal del juez, con la notoriedad general o judicial, pues, el mismo se refiere a los hechos que el juez ha conocido fuera del proceso, a través de las actividades realizadas en su vida privada o de sus actividades judiciales.

Cuando el conocimiento privado del juez es conocido por todas las personas que conforman el medio social donde se originó el hecho o donde aquél ejerce sus funciones, estaremos en presencia de un hecho notorio, y por tanto, exonerado de prueba. Si el hecho no es notorio dese ser probado. A los hechos no probados y conocidos por el Juez se les debe aplicar el

⁹⁹ ALLORIO, Enrico. *Problemas de derecho procesal*, tomo H, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1963, p. 394.

¹⁰⁰ GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 354.

principio *quod non est in actis non est in mundo* (lo que no está en los autos, no está en el mundo), esto significa, que el juez debe considerarlos como inexistentes, el conocimiento privado del juez le sirve para decretar pruebas de oficio, salvo la testimonial en lo civil.

6.2. Las máximas de experiencia.

Estas reglas coadyuvan a la formación del criterio lógico del juzgador, cuando las aplica en la apreciación de los hechos y las pruebas. Las máximas de experiencia sirven para verificar los hechos de la demanda o la excepción, sin necesidad de que formen parte del caudal probatorio que contiene el proceso, cabe precisar, que estas máximas no son objeto de prueba, pues, son solo criterios para la comprensión de los hechos, que el juez aplicará conforme a su conocimiento privado; por otro lado, estas reglas de experiencia no están sujetas a contradicción por ser verdades generales obvias; por ejemplo: lo accesorio cede a lo principal, nadie puede perder el derecho que no tiene, primero en el tiempo primero en el Derecho, etc.

El juez conoce las realidades de la vida cotidiana; por lo que, dicha experiencia le permite contar con un vasto caudal de conocimientos a partir de los cuales se generan las "máximas de experiencia".

Conforme a la doctrina las reglas de experiencia son: *"principios generales deducidos de la observación corriente del comportamiento de los hombres y, como tales, sirven para establecer una presunción o para efectuar la valoración de la prueba. Funcionan, por ende, como reglas destinadas a esclarecer el sentido jurídico de las conductas"*¹⁰¹.

Los hechos notorios se diferencian de las máximas de experiencia; en cuanto, los primeros forman parte de los argumentos de hecho de la demanda o de la excepción; mientras, que los segundos se utilizan para verificar los hechos, sin que formen parte de caudal probatorio del proceso.

¹⁰¹ PALACIO, Lino E. *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 355.

7. Valoración de la prueba

Es el procedimiento a través del cual el juez califica los medios probatorios, explicando en la resolución judicial el grado de convicción o certeza que estas le han generado al solucionar la controversia jurídica, el juez no está obligado a explicar por qué una prueba le generó más certeza que otra.

Al respecto CHIOVENDA¹⁰² señala que: *"un Juez cualquiera puede encontrarse desorientado al tener que ponderar el valor de una prueba, frente a los atributos que otras normas -sustanciales o procesales- le señalan como para tenerla en cuenta. Decía que la eficacia de la prueba depende de la naturaleza jurídica de la norma"*.

COUTURE¹⁰³ escribe: *"es claro que cuando el legislador instituye una norma para regular la eficacia de los actos jurídicos a modo de solemnidad, esa norma no se apoya solamente en consideraciones de carácter procesal, sino que rige la vigencia misma del acto y se considera como formando parte de su esencia, por razones de política jurídica, (...) cuando por razones de política jurídica el legislador instituye determinado medio de prueba (la identificación dactiloscópica; el análisis de los grupos sanguíneos) o excluye otros (el juramento en los contratos; la confesión en el divorcio; etc.), lo hace guiándose por razones rigurosamente procesales, inherentes a la demostración misma de las proposiciones formuladas en el juicio"*.

Como vemos, la valoración o apreciación de la prueba es una actividad procesal exclusiva del Juez, en la que considero las partes sólo tienen la función de colaboradores, podemos agregar que es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria.

7.1. Sistemas de apreciación de la prueba.

¹⁰² CHIOVENDA, José. *Ensayos de derecho procesal civil*, tomo II, ed. Ejea, Buenos Aires, 1949, p. 292.

¹⁰³ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 260.

En este sistema también conocido como apreciación de la prueba racional, el juez tiene libertad para seleccionar y valorar los medios probatorios; mientras que, en el sistema de la prueba legal (tarifa legal) el juez está sujeto a reglas preestablecidas que le dicen cómo actuar.

Ambos sistemas suponen realidades diferentes y contradictorias; en la libertad de valoración el Juez ejerce plenamente su función jurisdiccional; mientras, que en el otro supuesto, solo cumple una actividad formal que es la de aplicar las pautas ya establecidas objetivamente.

La doctrina moderna también contempla el sistema mixto o reglas de la sana crítica, es considerado un tercer sistema.

El Código Procesal Civil, establece en el artículo 197° que: *"Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión"*.

7.1.1. Sistema de la prueba de libre apreciación o racional

Con este tipo de modelo el juez otorga a cada medio probatorio un valor, viene a ser un mecanismo de prueba basada en la razón. En este caso, el juez utiliza su conocimiento privado, las máximas de experiencia y su percepción personal; se une la lógica con la experiencia, a fin de asegurar un certero y eficaz razonamiento.

Con este modelo se pueden lograr pruebas seguras y veraces, elimina el peligro que contiene el modelo de la tarifa legal, donde es posible que se desvíe la justicia a partir de la preparación de pruebas formalmente obligatorias, cuyo contenido carece de fuerza de convicción, este sistema no presenta inconvenientes ni peligros.

7.1.2. Sistema de la prueba legal, tarifada o tasada

Supone otorgar por vía legislativa un valor determinado a cada medio de prueba, o bien, solamente para algunos en específico.

De acuerdo a este sistema, el juez analiza el mérito de las pruebas aportadas al proceso asignándoles la eficacia que ya viene establecida por ley, si esta no estuviese prevista, se tendría que rechazar la demanda.

En este caso, el juez no aplica su inteligencia ni experiencia sobre los hechos, sino que actúa de manera mecánica, pues, la valoración ya fue establecida.

Conforme a la doctrina, las desventajas e inconvenientes de la tarifa legal son:

- “- Mecaniza o automatiza la función del juez, le impide formar un criterio personal y obliga a aceptar soluciones en contra de convencimiento lógico y razonado.*
- La doctrina indica que cuando rige la tarifa legal, sólo se consigue la declaración de la verdad formal y no de la verdad real; asimismo propone hablar de certeza histórica judicial (cuando hay libertad de valoración) y de certeza histórica legal (cuando existe tarifa legal).*
- Como consecuencia, de lo anterior existe divorcio entre la justicia y la sentencia, se olvida que el derecho tiene como función primordial realizar la armonía social, para lo cual es indispensable que la aplicación de aquél a los casos concretos, mediante el proceso, responda a la realidad y se haga con justicia”.*

Tenemos que la tarifa legal, guarda relación con un procedimiento inquisitivo; mientras que, en el sistema de libre apreciación se le permite al juez estudiar y valorar cada medio probatorio, a partir del cual va a formar su propia convicción (libre convicción).

7.1.3. Sistema mixto o reglas de la sana crítica

Es un modelo intermedio entre los sistemas ya descritos; donde no

existe la excesiva rigidez del primero, ni la excesiva incertidumbre del último, figura elogiada alguna vez por la doctrina, pues, regula la actividad intelectual del juez con relación a la prueba.

El artículo 197° del Código Procesal Civil establece que: *“Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”*. A partir de esta redacción, podemos establecer que nuestro ordenamiento procesal se adscribe al sistema de la sana crítica o apreciación razonada, donde el juez tiene la libertad de atribuirle al hecho demostrado el valor que su criterio (racional) le aconseje.

Puede decirse que las reglas de la sana crítica, son reglas del correcto entendimiento humano, que se logran a partir de la lógica y la experiencia del magistrado, lo que le va a permitir analizar la prueba.

Para una parte de la doctrina, el modelo de la sana crítica, es un sistema estándar que se adecúa al tipo de proceso donde se aplique, el autor SENTIS MELENDO¹⁰⁴ discrepa de esta afirmación.

¹⁰⁴ Dice el autor que "el concepto de standard es un concepto genérico, que acaso pertenezca a esas verdades eternas, a esas ideas-fuerza, de que nos habla JOSSEERAND, ya en la primera página de uno de sus más conocidos libros. Pero la sana crítica como concepto procesal, es muy anterior a la doctrina del standard jurídico; y no digamos figuras como la del buen padre de familia, que están en la base del derecho romano. Esa doctrina, como se nos recuerda, no aparece en el derecho anglosajón sino en el siglo XIX; no se puede suponer que el desconocido legislador español que dio origen a la expresión sana crítica con anterioridad a la ley de 1855, tuviera conocimiento de ella" (La Prueba..., cit., p. 278).

CAPÍTULO VII

LA CASACIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

1. El Proceso Contencioso Administrativo

Es un proceso por medio del cual se despliega la función jurisdiccional del Estado, lo que permite a cualquier persona acudir al Poder Judicial y plantear una demanda contencioso administrativa, debiendo el órgano jurisdiccional brindar una efectiva tutela a la situación jurídica subjetiva que ha sido lesionada o que viene siendo amenazada por una actuación ilegal o inconstitucional de la Administración Pública.

Al proceso contencioso Administrativo le son aplicables todos los principios comunes que rigen a los procesos en general, pero específicamente los siguientes: integración, igualdad procesal, favorecimiento del proceso y suplencia de oficio.

Cabe precisar, que el fin del proceso contencioso administrativo es la pretensión más no el acto impugnado, pues, esta última es la base del petitorio.

En el proceso contencioso administrativo, conforme la doctrina encontramos dos tipos de pretensiones: la primera es la *pretensión de anulación o de nulidad*, que es meramente declarativa, pues, el demandante solo pretende que el acto administrativo sea declarado nulo, es decir sin valor jurídico. Y segundo, la *pretensión de plena jurisdicción*, en este caso el demandante no solo busca la nulidad de un acto administrativo sino que además pretende se le reconozca, restituya o indemnice un derecho de naturaleza civil o administrativo, que ha sido vulnerado o desconocido por la Administración Pública. Por otro lado, el Texto Único Ordenado de la Ley N°

27584 (en adelante T.U.O. de la Ley N° 27584), recoge en su artículo 5°, además otras pretensiones como son: *“a) la declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo, b) se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme, y c) la indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238° de la Ley N° 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores”*.

En cuanto a la vía procedimental, el Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo establece dos vías: a) Proceso Especial que se utiliza para el trámite de las pretensiones antes anotadas, y b) Proceso Urgente, es un trámite especial que se utiliza solo para las pretensiones contenidas en el artículo 26°, este proceso se caracteriza por ser definitivo y no depender de otro proceso, donde la protección del derecho material requiere ser inmediata. Otro aspecto que lo diferencia del Proceso Especial, es la regulación de la garantía *del doble y conforme*, por el que se establece que no cabe el recurso de casación cuando la sentencia de primera instancia declare fundada la demanda y la resolución de segunda instancia la confirme.

Respecto a la actividad probatoria, esta se restringe a lo actuado en la vía administrativa, lo que para la doctrina es inconstitucional, pues, limita el derecho de defensa tanto del demandante como del demandado, dejando además en indefensión al tercero que no pudo intervenir en el procedimiento administrativo. Es importante destacar que, si bien es cierto, la carga de la prueba la tiene quien afirma los hechos que sustentan su pretensión; también es cierto, que la Corte Suprema en reiterada jurisprudencia, ha establecido que los jueces no pueden imponer la carga probatoria al demandante, mientras estos tengan la posibilidad de tener a la vista el expediente administrativo, o actuar prueba de oficio en aplicación del artículo 32° del T. U. O. de la Ley N° 27584.

En la doctrina, los medios impugnatorios *“son actos procesales de la parte que se estima agraviada por un acto de resolución del Juez o tribunal, por lo que acude al mismo o a otro superior, pidiendo que revoque o anule el o los actos gravosos, siguiendo el procedimiento previsto en las leyes”*¹⁰⁵. En el proceso contencioso administrativo los medios impugnatorios están regulados en los artículos 35° y 36° del T.U.O. de la Ley N° 27584, y son los mismos del proceso civil, estos son: recurso de reposición, apelación, casación y queja.

La sentencia es un acto jurídico procesal, a través del cual el Juez en cumplimiento con su deber de jurisdicción resuelve la pretensión planteada en la demanda. Conforme el artículo 41° del T. U. O. de la Ley N° 27584 la sentencia que declara fundada la demanda podrá decidir en función de la pretensión lo siguiente: *“a) La nulidad, total o parcial, o ineficacia del acto administrativo impugnado, de acuerdo a lo demandado, b) El restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda, etc”*. Finalmente, la sentencia también podrá pronunciarse acerca de la indemnización de daños y perjuicios, siempre que esta haya sido demandada.

Cabe anotar, que el T.U.O. de la Ley N° 27584 regula dos mecanismos para la conclusión del proceso distintos de la sentencia, estos son: a) La forma anticipada de conclusión del proceso, regulado en el artículo 42° de la citada Ley, para la doctrina este es más un supuesto de juzgamiento anticipado que uno de reconocimiento o allanamiento regulado en el artículo 330° del Código Procesal Civil, y b) Las formas convencionales de conclusión del proceso, regulado en el artículo 43° del mismo texto legal, en esta última encontramos la transacción y la conciliación.

¹⁰⁵ FAIREN GUILLEN, Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 479.

Finalmente, cabe precisar que una de las características principales de toda sentencia es su efectividad (ejecución de la sentencia), que es una expresión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Las sentencias pueden ser declarativas, constitutivas y de condena; las primeras solo reconocen una determinada situación o relación, las segundas modifican, constituyen o extinguen una relación o situación jurídica, y las de condena que disponen el cumplimiento de una determinada conducta (dar, hacer o no hacer) a la parte demandada.

2. El Recurso de Casación conforme al Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584

El artículo 1° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS (en adelante, T.U.O. Ley N° 27584) publicado el 29 de agosto de 2008, establece que el proceso contencioso administrativo tiene por finalidad: “el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública, sujetas al derecho administrativo y la tutela efectiva de los derechos e intereses de los administrados”.

Conforme el artículo 11° el T.U.O. de la Ley N° 27584, modificado por la Ley N° 29364, publicada el 28 de mayo de 2009, “son competentes para conocer el proceso contencioso administrativo el Juez Especializado y la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, en primer y segundo grado, respectivamente. En los lugares donde no exista Juez o Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, es competente el Juez en lo Civil o el Juez Mixto en su caso, o la Sala Civil Correspondiente”.

El T.U.O de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, determina que es de competencia exclusiva de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema o Corte de Casación el conocimiento del recurso de casación; esta ley al establecer contra que resoluciones procede el recurso de casación se remite al Código Procesal Civil, señalando que procede:

- a) Contra las sentencias expedidas en revisión por las Cortes Superiores, en este caso por las Salas Contencioso Administrativas

de la Corte Superior respectiva o por la Sala Civil correspondiente en los lugares donde no exista Sala Especializada; y

- b) Contra los autos emitidos por las Salas Contencioso Administrativas de la Corte Superior respectiva o por la Sala Civil correspondiente en los lugares donde no existan las Salas Contenciosas, que en revisión ponen fin al proceso.

El T.U.O. de la Ley N° 27584, no fija las causales o motivos de casación, razón por la que, en aplicación de la Primera Disposición Final del Texto Único Ordenado de la anotada Ley, se remite al Código Procesal Civil de aplicación Supletoria, lo mismo para los requisitos de admisibilidad y procedencia; en cuanto a la causal conforme el artículo 386° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364 se sustenta en la *infracción normativa* y el *apartamiento inmotivado del precedente judicial*.

Esta Ley establece en su artículo 35° primer párrafo que procede el recurso de casación siempre que la cuantía del acto que se impugna sea mayor a las 140 Unidades de Referencia Procesal, sin embargo, admite la posibilidad además de interponer Recurso de Casación cuando la pretensión no sea cuantificable.

El mismo artículo, ha establecido que no procede interponer Recurso de Casación cuando segunda instancia confirme lo resuelto por el juez de primera instancia, siempre que ampare la pretensión, en el trámite del Proceso Urgente; es decir, recoge la figura del *doble y conforme*.

El autor HURTADO REYES¹⁰⁶ escribe: “(...) que el mecanismo del *doble conforme* es entendido en la doctrina como un filtro que sirve para evitar que todos los asuntos que resuelven los jueces de Grado lleguen a la Corte Suprema. Teniendo sobreentendido con ello que el derecho de doble

¹⁰⁶ HURTADO REYES, Martín. *La Casación Civil. Una aproximación al control de los hechos*. Editorial Moreno S.A., Lima, 2012, pp.173- 174.

instancia se agotó con la decisión del órgano jurisdiccional inmediato inferior al que conoce y resuelve el recurso de casación.

Todo esto significa que la doble conforme o conformidad de decisión de dos órganos jurisdiccional de diferentes instancias genera la cosa juzgada (...).

Asimismo, concede facilidades para que el recurrente cumpla con presentar la tasa judicial, al respecto el artículo 36° señala: *“Los recursos tienen los mismos requisitos de admisibilidad y procedencia regulados en el Código Procesal Civil.*

En caso de que el recurrente no acompañase la tasa respectiva o la acompañase en un monto inferior, el Juez o la Sala deberán conceder un plazo no mayor de dos días para que subsane el defecto”.

En cuanto a la tasa judicial el numeral 4), del artículo 387° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364 establece:

“El recurso de casación se interpone:

(...)

4. adjuntando el recibo de la tasa respectiva.

(...)

Si el recurso no cumple con los requisitos previstos en los numerales 2 y 4, la Corte concederá al impugnante un plazo de tres días para subsanarlo, sin perjuicio de sancionarlo con una multa no menor de diez ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal si su interposición tuvo como causa una conducta maliciosa o temeraria. Vencido el plazo sin que se produzca la subsanación, se rechazará el recurso”.

El profesor PRIORI POSASA¹⁰⁷ escribe lo siguiente: *“el T. U. O. de la*

¹⁰⁷ PRIORI POSADA, Giovanni F. *Comentarios a La Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Ara Editores E.I.R.L., Lima, 2009, pp. 235-236.

Ley ha mantenido un requisito de admisibilidad adicional, aclarando el texto de la versión original de la Ley. Así, solo cabe recurso de casación, si, además de los requisitos antes señalados, se cumplen con los siguientes:

- (a) Si el acto no es cuantificable en dinero, siempre cabe recurso de casación. El TUO de la Ley ha corregido una deficiencia que tenía la versión original de la Ley, la que no señalaba expresamente si cabía o no un recurso de casación ante una actuación administrativa no cuantificable. En las ediciones anteriores de este libro yo había señalado que se debía aplicar en ese caso el principio de favorecimiento del proceso y, por ende, admitir en esos casos el recurso de casación; sin embargo el TUO ha regulado actualmente de modo expreso ese tema, señalando que el recurso de casación sí procede ante actuaciones administrativas no cuantificables. No importa en este caso la autoridad que de la cual emane la actuación administrativa impugnada.*
- (b) Si el acto es cuantificable en dinero, el recurso de casación procede en todos los casos, salvo que provenga de una autoridad de competencia distrital.*
- (c) Si el acto es cuantificable en dinero y proviene de una autoridad de competencia distrital, entonces solo cabe recurso de casación, si el monto de la actuación administrativa es superior a 140 Unidades de Referencia Procesal”.*

Cabe anotar que el T.U.O. de la Ley N° 27584, ha mejorado la redacción del artículo 37°, referido a la fijación de la doctrina jurisprudencial ahora principio jurisprudencial vinculante; en efecto, lo que existía antes de la vigencia de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, era la regulación que, en materia de recurso de casación establecía el Código Procesal Civil, en cuyo texto se exigía que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República se reúna a fin de establecer una doctrina jurisprudencial que sea de cumplimiento obligatorio para todos los tribunales jueces de la República.

Esta excesiva exigencia, llevó a que en la versión original de la Ley Contencioso Administrativo se estableciera que cualquier decisión de la Suprema era precedente, capaz de permitir la interposición del Recurso de Casación. Entre estos dos extremos se ubica la redacción actual del artículo 37° de la ya anotada Ley, cuando establece que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema podrá disponer en sus resoluciones los principios jurisprudenciales en materia Contencioso Administrativo, que serán precedentes de observancia obligatoria.

Cabe precisar, que el citado artículo también prevé que todas las resoluciones emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia se deben publicar en el diario oficial “El Peruano”, así como, en la página web del Poder Judicial dentro de los 60 días de emitida, bajo responsabilidad.

2.1. Aplicación supletoria del Código Procesal Civil.

Como se dijo anteriormente, el T.U.O. de la Ley N° 27584 regula de forma escueta el Recurso de Casación en dos artículos, esto es, artículo 35° y 36°, por lo que, la misma ley ha dispuesto que se aplique supletoriamente el Código Procesal Civil, en los casos no previstos en dicha ley (Primera Disposición Final del T.U.O. de la Ley N° 27584); por lo tanto, resulta pertinente analizar el Recurso de Casación regulado en el Código Adjetivo.

2.1.1. Fines del Recurso de Casación

Conforme a nuestro ordenamiento procesal el Recurso extraordinario de Casación tiene dos funciones: El Nomofiláctico y el de Uniformizar la jurisprudencia nacional. Sin embargo, en la praxis judicial, se adiciona un fin, que es el Dikelógico, en doctrina suele considerarse derivada de la función Nomofiláctica, aunque para algunos están enfrentadas y son excluyentes.

“Artículo 384°.- Fines de la casación.-

El recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional

por la Corte Suprema de Justicia”.

“Artículo modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 29364, publicada el 28 mayo 2009, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 384°.- Fines de la casación

El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.”

A consideración de algunos juristas nacionales, la modificación introducida por la Ley N° 29364, ha permitido que se introduzca o ingrese el fin Dikelógico de la casación, al mismo nivel que los fines Nomofiláctico y Uniformador, defecto que puede hacer de la Corte Suprema una tercera instancia. La doctrina se encuentra dividida al respecto; así por ejemplo:

La profesora ARIANO¹⁰⁸, quien es partidaria de la finalidad Dikelógica refiere que: *“La Ley N° 29364 cambia muchas palabras a los textos originales del CPC, pero no su ‘sustancia’. En efecto, no cambia la ‘sustancia’ del recurso de casación el que ahora el artículo 384° del CPC tenga escrito que fines del recurso son ‘la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia’ en lugar de la ‘correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia. La mención a que la ‘aplicación adecuada del derecho objetivo’ lo sea al ‘caso concreto’ no cambia nada, puesto que el recurso, como es obvio, nunca fue el medio para plantear una cuestión ‘abstracta’ sino el medio para obtener la ‘eliminación’ de la concreta decisión que se decía viciada in iure, pero no (según la conocida reconstrucción calamandreiana) para proteger el ius litigatoris a obtener simplemente una sentencia (más) ‘justa’, sino para proteger el consabido ius constitutionis. Ergo, en la nueva redacción del artículo 384° del CPC sigue latiendo la ‘idea’ de que el recurso está previsto*

¹⁰⁸ ARIANO DEHO, Eugenia. “Nota a la primera lectura sobre la reforma del recurso de casación civil (Y sobre la reducción de las competencias de la Corte Suprema)”, En: Actualidad Jurídica. Tomo 187. Gaceta Jurídica, Lima, Junio 2009, p.19.

no como una garantía subjetiva de las partes, sino como una garantía objetiva del ordenamiento, en el sentido de que se aprovecha el interés privado del litigante como ´estímulo propulsor puesto al servicio del interés público´ a la (ahora) ´adecuada aplicación del derecho objetivo´.

Por su parte, el autor HURTADO REYES¹⁰⁹, quien también es partidario de la función Dikelógica señala: *“no debemos olvidar que toda decisión debe ajustarse a los estándares de justicia en la solución del caso concreto. Situación que el legislador ha omitido señalar dentro de los fines de la casación (artículo 384°), porque la doctrina actual viene aceptando con reiteración que la finalidad dikelógica forma parte de los fines de la casación. A pesar de que algunos consideren que esta finalidad se ha incluido en el contenido del artículo 392°-A, no obstante que la redacción de este dispositivo establezca que la admisión extraordinaria del recurso de casación se debe dar cuando tenga por objeto cumplir los fines señalados en el artículo 384° (la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la unidad de la jurisprudencia de la nación), no se precisa que pueda ser para lograr la justicia al caso concreto, que es la máxima que orienta a la finalidad Dikelógica. Por lo cual, consideramos que se ha perdido una gran oportunidad de regular expresamente que la casación también tiene una finalidad Dikelógica, adecuando así nuestro recurso de casación a los fines actuales reconocidos por la doctrina y las exigencias actuales del Derecho, sabiendo que con este fin se busca evitar la convalidación de aquellas sentencias arbitrarias o absurdas y por tanto injustas. Aunque debemos admitir que existen algunas resistencias para considerar esta finalidad de la casación en nuestro medio, pese a que nuestra Corte Suprema lo admitió en sus decisiones”.*

El procesalista ALDO ZELA¹¹⁰, considera que la reforma realizada por la Ley N° 29364 del artículo 384° del Código Procesal Civil, no ha significado

¹⁰⁹ HURTADO REYES, Martín. *Ideas preliminares sobre la ley de reforma de la casación civil*. En: Actualidad Jurídica. T. 187. Gaceta Jurídica, Lima, Junio 2009, pp. 37-38.

¹¹⁰ ZELA VILLEGAS, Aldo. *Comentarios a las recientes modificaciones al Código Procesal Civil*. En: Actualidad Jurídica. T. 187. Gaceta Jurídica, Lima, Junio 2009, p.33.

el ingreso de la función Dikelógica a nuestro ordenamiento procesal, y afirma que: *“una mal entendida búsqueda de ‘justicia’ en sede casatoria ha sido una de las causas principales por las que la carga procesal no ha podido ser controlada. En efecto, debe quedar claro que el llamado fin dikelógico (es decir, la verificación de la ‘justicia’ en el caso concreto) no es afín al recurso casatorio (...). En este orden de ideas, no es que ‘la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo’ haya dejado de ser un fin de la casación, sino que se ha preferido la expresión ‘la adecuada aplicación del derecho objetivo’, precisamente para evitar una interpretación laxa y privilegiar la función social y política de la casación, sobre el fin diketológico (que, como mencionamos, debe ser excluido de la casación)”*.

Para los citados juristas nacionales, en suma, la inclusión de la frase *“adecuada aplicación del Derecho objetivo al caso concreto”*, en el nuevo texto del artículo 384° del Código Procesal Civil, no significa la inclusión de la finalidad Dikelógica.

En oposición tenemos a la profesora LEDESMA¹¹¹ quien sustenta lo siguiente: *“Una de las cosas que se olvidó modificar la reciente Ley N° 29364 fue el nombre de la institución a la que precisamente hacía referencia dichos cambios. Me estoy refiriendo a la llamada casación civil, que otrora nuestro ordenamiento procesal la acogía bajo dicho nomen iuris, pero que a partir de la vigencia de la Ley N° 29364, ya no debe ser calificada así. La casación ya no puede seguir siendo apreciada como un recurso extraordinario que se admita excepcionalmente bajo causa previamente determinadas, sino que debe ubicarse en lo que se ha convertido, en una tercera instancia ‘encubierta’, bajo la indebida denominación de casación civil, por lo siguiente: 1. El Art. 384° del CPC afirmaba que la casación tenía como finalidad esencial **la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo**, sin embargo, la nueva versión de este artículo da un giro total al considerar que la casación tiene por fin la **adecuada aplicación del***

¹¹¹ LEDESMA NARVAÉZ, Marianella. *La casación civil: a mal tiempo, buena cara*: En: Actualidad Jurídica. T. 187. Gaceta Jurídica, Lima Junio 2009, p.23

derecho objetivo al caso concreto, ingresando así a una visión, ya no casatoria, sino de instancia en el proceso civil, pues busca un pronunciamiento a un caso en particular. La casación es un recurso que vela por el interés de la sociedad de allí que el objeto de la casación no se oriente a enmendar el agravio de la sentencia, sino busca la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Esta función perfila el carácter político del recurso y su naturaleza constitucional. La casación nace para el control de las infracciones que las sentencias y autos puedan cometer en la aplicación del Derecho. En ese sentido, la Corte de Casación toma el hecho narrado por el juez o tenido por probado, para reexaminar si la calificación jurídica es apropiada a aquel hecho así descrito. A través de la casación se busca que prime el interés público porque busca garantizar la vigencia de la ley y ser un órgano contralor del juzgador en los casos de violación de la norma jurídica o la jurisprudencia vinculante; sin embargo, debemos precisar, que si bien la casación se orienta a corregir el error de derecho, debemos señalar que dicho error debe ser esencial o decisivo sobre el fallo, es lo que la doctrina ha llamado la *‘eficacia causal del error’*, por lo que es necesario que dichos errores hayan incluido en la decisión para que sean revisables en casación”.

Como podemos apreciar se plantea la posibilidad de que la Corte Suprema se vuelva una tercera instancia, lo que significaría un retorno al recurso de nulidad, permitiendo que se revalore las pruebas para aplicar el derecho al caso concreto, alejándose así de la naturaleza del recurso de casación.

Cabe destacar, que el profesor MONROY PALACIOS¹¹², autor del Proyecto de Reforma al Recurso de Casación, en cuanto a la modificación del artículo 384° del Código Procesal Civil, que reemplaza: *“la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia”*, por *“la adecuada*

¹¹² MONROY PALACIOS, Juan. “Ley N° 29364 (Casación civil): una reforma lamentable”. En: <http://derechoyproceso.blogspot.com/2009/05/ley-n-29364-casacion-civil-una-reforma.html>

aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia” señala: “Ciertamente la “infracción normativa”, palabras más, palabras menos, es la expresión más aceptada por el derecho comparado. El rasgo distintivo está, tal vez, en el uso de la palabra “adecuada” al caso concreto, que hemos preferido por “correcta” (in genere) aplicación del derecho objetivo, para que nadie se sienta un oráculo como, ya vimos, sucedió recientemente con el TC. Esto fue acogido. No sé si conscientemente (el subrayado es nuestro)”.

Se puede concluir de lo expuesto precedentemente, y así lo ratifica el autor del Proyecto de Reforma al Recurso de Casación, el cambio de la expresión **correcta** por **adecuada**, no significa que haya ingresado a nuestro ordenamiento jurídico procesal civil la finalidad Dikelógica.

Debo agregar, que la interpretación de una norma jurídica no puede ser correcta o incorrecta, pues, supondría, que es absoluta y que no admite otra interpretación, lo que no es exacto, ya que siempre puede darse una interpretación distinta debido a la existencia de diversos métodos de interpretación legales como los fijados por el Tribunal Constitucional.

2.1.2. Causales del Recurso de Casación

A partir de la publicación de la Ley N° 29364, que modificó el Recurso de Casación, en nuestro ordenamiento jurídico procesal civil su pueden denunciar solo por dos causales: **la infracción normativa y el apartamiento inmotivado del precedente judicial.**

“Artículo 386°.- Causales.-

Son causales para interponer recurso de casación:

1. La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial;
2. La inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; o

3. La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.

Está incluida en el inciso 1 la causal de aplicación indebida del Artículo 236° de la Constitución”.

“Artículo modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 29364, publicada el 28 de mayo 2009, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 386°.- Causales

El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial.”

Cabe precisar, que pese a lo afirmado en el párrafo anterior, las antiguas causales (3 causales sustantivas y 2 procesales) no han desaparecido, sino que están contenidas en las dos nuevas causales del recurso, especialmente en la causal de infracción normativa.

Así también, en cuanto a las antiguas causales, es preciso indicar que las principales críticas que se le hacían al diseño establecido originalmente por el Código Procesal Civil, eran: “Primero que era un despropósito que se hubiese restringido la aplicación indebida, inaplicación e interpretación errónea a las normas de derecho material, excluyéndose por ello a las normas de Derecho Procesal. Este error era evidente porque también las normas de Derecho Procesal pueden ser inaplicadas o aplicadas indebidamente o mal interpretadas y con ello provocar agravio al justiciable. Y segundo, la existencia de una fórmula tan particular para identificar los errores in iudicando, que llevaba a profundas fundamentaciones, la mayoría de las cuales innecesarias e inútiles, que debían exponerse en los recursos de casación para sustentar la causal material que se alegaba”.

En cuanto a la causal de infracción normativa, es una expresión que la ubicamos en el Derecho Comparado, por ejemplo, en la Ley 1/2000, del 7

de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil española, que establece en su artículo 477°: *“Que el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”*; sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico procesal civil resulta novedosa.

Este fue uno de los temas que causó polémica al entrar en vigencia la Ley N° 29364, pues se dejó de lado las causales tradicionales, es decir, la aplicación indebida, la inaplicación y la interpretación errónea de una norma de derecho material, por la de infracción normativa, que en algunos casos aún no se comprende. A partir de esta modificación los juristas se dividieron en dos grupos: los que pensaron que esta causal iba a generar una mayor simplicidad en la presentación de los recursos de casación, y quienes, pensaron que la reforma significaba que el recurso se iba a volver más técnico y, por ende, complejo.

MONROY PALACIOS¹¹³ señala: *“Si fuera un abogado con pocos escrúpulos, de esos que no faltan en nuestro medio, debería agradecer al Congreso por la reforma. Ahora solo hace falta alegar ‘infracción normativa’ para acceder a la Corte Suprema y dilatar por varios meses más el desarrollo del proceso: más tiempo de asesoría, más dinero para el abogado. Como ciudadano, sin embargo, debo aborrecerla. Sin ningún filtro serio, no solo llegarán más causas a la Suprema, sino que, por si fuera poco, se prevé un poder discrecional (artículo 392°-A) para que los jueces supremos admitan recursos que normalmente no deberían conocer ¿Certiorari positivo? El disparate del disparate”*.

Criterio similar es el que comparte GUERRA CERRÓN¹¹⁴ quien sostiene: *“Se ha creado una especie de ‘cajón de sastre’, con lo cual se facilita la presentación de recursos de casación sin exigencias rigurosas. Bastará que se describa (no que se fundamente) la ‘infracción normativa que incida directamente sobre la decisión impugnada’. Pero esta aparente facilidad para presentar recursos de casación está lejos de asegurar que los contenidos sean revisados previa*

¹¹³ MONROY PALACIOS, Juan. *“Ley N° 29364 (Casación Civil): una reforma lamentable”*. En: <http://derechoyproceso.blogspot.com/2009/05/ley-n-29364-casacion-civil-una-reforma.html>

¹¹⁴ GUERRA CERRÓN, J. María Elena. *“Casación: ¿se privilegia la aplicación del Derecho o la búsqueda de las justicia?”*. En: Actualidad. T. 187 Gaceta Jurídica, Lima, Junio 2009, pp.30-31.

declaración de procedencia, ello dependerá del criterio de la Sala Casatoria en la calificación. Sin duda, hay un gran riesgo de avalancha de recursos por calificar”.

Otros juristas como ENRIQUE VALVERDE¹¹⁵, sostienen por el contrario: *“que el recurso de casación se ha vuelto sumamente técnico y si bien es cierto que a primera vista pareciera que cualquier denuncia de infracción normativa dará lugar a la interposición del recurso- y con ello ocasionaría el congestionamiento de la carga procesal-, no resulta menos cierto que la labor de los abogados se verá tremendamente dificultada, porque además de denunciar la citada infracción normativa, deberán de demostrar la incidencia directa sobre la decisión impugnada. En otras palabras, pensamos que la carga procesal seguirá siendo la misma o menor”.*

A modo de comentario, debo señalar que en la práctica jurídica ambas situaciones se pueden presentar, dependerá de las Corte Suprema el admitir a trámite recursos mal sustentados o fundamentados, o ser exigentes en la motivación y cumplimientos de los requisitos que prevé la procedencia del recurso de casación.

Para el profesor MONROY GÁLVEZ¹¹⁶ señala: *“La infracción normativa refiere el error (o vicio) de derecho en que incurre el juzgador en una resolución; aquella determina que el caso sea pasible de ser examinado por medio de un recurso de casación, por cierto, en el caso peruano siempre que esté ligado por conexidad lógica a lo decidido”.*

En consecuencia, como se dijo en un principio, el término **infracción normativa** engloba las derogadas cinco causales, vale decir, aplicación indebida, inaplicación e interpretación errónea, la contravención de las normas a un debido proceso y la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. Cabe anotar que la infracción normativa, además, de las citadas causales también puede comprender

¹¹⁵ VALVERDE GONZALES, Enrique. *“Nuestro recurso de casación civil a la luz de la última reforma legislativa”*. En: Revista Jurídica del Perú. T. 103. Normas Legales. Lima, setiembre 2009, pp. 314-315.

¹¹⁶ MONROY GALVEZ, Juan. *“Apuntes sobre el ‘nuevo’ recurso de casación civil”*. En: <http://derechoyproceso.blogspot.com/2009/07/apuntes-sobre-el-nuevo-recurso-de.html>

otros motivos o causales; por lo tanto, se puede afirmar que existe entre ellas una relación de género a especie.

Para analizar la causal referida al **apartamiento inmotivado del precedente judicial**, es necesario concordarlo con el artículo 400° del Código Procesal Civil:

“Artículo 400°.- Doctrina jurisprudencial.-

Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

Si los Abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.

El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaren improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad”.

“Artículo modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 29364, publicada el 28 mayo 2009, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 400°.- Precedente judicial

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad."

El cambio de la palabra “**doctrina jurisprudencial**” por el de “**precedente judicial**”, no es solo un cambio de términos, sino que busca solucionar el problema originado por la normativa anterior, que ocasionó la casi nula producción de doctrina jurisprudencial, pese a que, la Sala Civil Permanente y la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema manejan criterios distintos sobre un mismo tema jurídico, atentando contra uno de los fines del citado recurso que es la unificación de la jurisprudencia.

Al respecto, el Grupo de Trabajo Temático (GTTN°6)¹¹⁷ de la CERIAJUS, analizó el problema descrito en el párrafo anterior, así como, la naturaleza de la “doctrina jurisprudencial”, prevista en el texto original del artículo 400° del Código Procesal Civil, y estableció:

*“La jurisprudencia puede entenderse en sentido lato o estricto. El primer sentido se refiere a las resoluciones judiciales que los magistrados emiten en ejercicio de su función judicial, cualquiera sea la instancia o nivel al que pertenezcan. El segundo sentido, se circunscribe a las resoluciones judiciales emanadas del máximo tribunal de cada sistema jurídico...Es por esta razón que un importante sector de la doctrina entiende el término **jurisprudencia** desde una óptica sumamente funcional para efectos de determinar qué resoluciones judiciales son o no vinculantes”.*

La jurisprudencia en relación a su carácter vinculante:

“(De la Villa Gil, 1983: pp. 192-196), señala que pueden ser de dos clases:

¹¹⁷ Informe final del Grupo de Trabajo Temático sobre Predictibilidad y Jurisprudencia- de la Ceriajus. En: <http://www.mpfm.gob.pe/Descargas/ceriajus/gtt4.pdf>

Doctrina jurisprudencial. Son las resoluciones judiciales referenciales que carecen de obligatoriedad, por lo que no son fuente del derecho. No son vinculantes para los tribunales superiores e inferiores, los que pueden apartarse del precedente cuando lo estimen conveniente.

Cabe indicar que, en esencia, la doctrina jurisprudencial resulta en el mero recuento de sentencias y se la considera doctrina puesto que constituyen opiniones cuya validez es de naturaleza estadística: la repetición constante.

Sentencias normativas. Son resoluciones judiciales vinculantes para los tribunales superiores e inferiores, debiendo observar el precedente cuando tengan que resolver casos idénticos o esencialmente similares. En esa medida, los principios de alcance general contenidos en las sentencias normativas, constituyen pautas de aplicación e interpretación de las disposiciones pertinentes que deben ser observados al momento de resolver en el futuro...”.

En dicho informe se determinó que si bien la sumilla y el texto de la norma (Artículo 400° del Código Procesal Civil) refiere a la “doctrina jurisprudencial”; en los hechos, el precepto describe a las “sentencias normativas” o al principio *Stare Decisis*; asimismo, se determinó que la carencia de precedentes de obligatorio cumplimiento era un problema de nuestro ordenamiento jurídico; por lo que, la Corte Suprema reconoció la necesidad de realizar Plenos Casatorios, con la finalidad de estandarizar criterios, que puedan ser utilizados por los magistrados a nivel nacional al momento de dictar sus resoluciones.

El Profesor MONROY GÁLVEZ¹¹⁸ respecto a la **Doctrina Jurisprudencial** y **Doctrina Legal** señala: “*Doctrina legal y doctrina jurisprudencial. Éste es un tema que en el esquema clásico (francés) de la casación sería absolutamente impensable. Esto explica que más allá de la*

¹¹⁸ MONROY GALVEZ, Juan. *Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil*. En: *Ius et Veritas*, N° 5, Lima, 1992, p.28-37.

*descripción de algún antecedente discutible, haya consenso en reconocer que este instituto tiene su origen en España durante el siglo pasado. Si durante la tramitación de un proceso por los tribunales inferiores, éstos se encuentran con un caso en el que no hay una norma aplicable para resolverlo, pueden utilizar como fuente supletoria tanto los principios generales del derecho como las opiniones de los autores más reconocidos. Este cúmulo de información a la que los jueces recurren para salvar el vacío normativo, recibe el nombre de **doctrina legal** (...). Este reconocimiento determinó que la doctrina legal se convirtiera en motivo de casación al reconocérsele valor normativo, por ello se empezó a cuestionar a través del recurso de casación si la doctrina legal utilizada había sido la correspondiente o la admitida para el caso concreto.*

*Del concepto de doctrina legal ya expresado, sé ha derivado el de **doctrina Jurisprudencial**. No es que haya variado el contenido del concepto sino apenas su nombre. La razón es que la doctrina legal se manifiesta a través de la jurisprudencia, de hecho ésta es su formato externo. Siendo así, empezaron a recibir tal nombre las decisiones que emanan de los tribunales o cortes de casación, las que a su vez expresan la tendencia predominante de los órganos supremos en las materias jurídicas sometidas a su examen. Como se advierte, el desarrollo histórico del concepto de doctrina legal, ha conducido a algún sector de la doctrina a denominarla doctrina jurisprudencial, atendiendo' a que su reconocimiento se expresa a través de la jurisprudencia de los órganos de casación la que al adquirir tal calidad, se convierte en motivo del recurso si los órganos inferiores se apartan de su planteamiento (...).*

El profesor CARRIÓN LUGO¹¹⁹ sobre la **jurisprudencia, doctrina jurisprudencial y los principios jurisprudenciales** explica:

“Se entiende por jurisprudencia el conjunto de sentencias dictadas por los organismos jurisdiccionales en relación a determinada materia y cuya reiteración le atribuye la calidad de fuente interpretativa de la ley o de

¹¹⁹ CARRION LUGO, Jorge. *El Recurso de Casación en el Perú*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima, Vol. I. 2003, pp. 193-193.

*verdadera fuente de derechos. Hay reiteradas ejecutorias que dictan los tribunales, por ejemplo, aplicando normas jurídicas materiales claras y precisas, donde estamos frente a la simple aplicación de la ley, que no tiene trascendencia alguna. Las reiteradas ejecutorias que dictan los organismos judiciales llenando vacíos de la ley, interpretando normas ambiguas u oscuras, estableciendo reglas para casos análogos, fijando los denominados **principios jurisprudenciales**, si son importantes y trascendentes. Estas últimas ejecutorias conforman la jurisprudencia que realmente interesa al ordenamiento jurídico nacional y a ella se le atribuye la calidad de fuente del derecho. La Constitución del Estado no sólo reconoce la posible existencia de vacíos o deficiencias de la ley, sino también autoriza a los organismos judiciales suplir esas deficiencias de la ley, generando la jurisprudencia que fija criterios aplicables en la solución de conflictos en situaciones análoga.*

El concepto que debemos tener sobre la doctrina jurisprudencial es que ésta es la que emana de los organismos judiciales de la más alta jerarquía, la que tiene un valor normativo y que fija criterios jurisdiccionales para resolver los conflictos. En tanto que la doctrina legal es la que emana de la opinión de los juristas, de los principios generales del derecho, del espíritu de la ley, etc. (...)".

Cabe anotar, que el Tribunal Constitucional en el **Expediente N° 3741-2004-AA/TC** (precedente vinculante, conforme el Artículo VII del Código Procesal Constitucional)¹²⁰, desarrolla en su fundamento 47 la **distinción entre precedente judicial y precedente constitucional**. Donde el precedente constitucional tiene efectos de una ley, es decir, es una regla que tiene efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares (*erga omnes*); mientras que el precedente judicial, se desarrolla como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, desde la Corte Suprema hacia las cortes y juzgados inferiores.

¹²⁰ "Código Procesal Constitucional (**LEY N° 28237**) **Artículo VII-Precedente**.

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hechos y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente".

Estando a lo precedentemente expuesto, cabe señalar, que nuestro ordenamiento jurídico procesal tiene dos formas de generar jurisprudencia: El artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 400° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364.

Hecha esta precisión, es correcto que se haya establecido como causal casatoria: **el apartamiento inmotivado del precedente judicial** y no simplemente **el apartamiento inmotivado del precedente**; para evitar cualquier confusión en los operadores de justicia, toda vez que, lo que regula nuestro Código Procesal Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial, es la jurisprudencia vinculante expedida por la Corte Suprema (precedente vinculante en sentido vertical, de obligatorio cumplimiento por todas las instancias judiciales), y no el precedente constitucional, que se encuentra regulado por el Código Procesal Constitucional; además, como sabemos el recurso de casación en lo civil, se aplica supletoriamente al Proceso Contencioso Administrativo (Ley N° 27584), modificado por el Decreto Legislativo N° 1067, el mismo que en su artículo 37°, prevé que en las resoluciones donde la Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema fije principios jurisprudenciales, constituirá precedente vinculante, más no los emitidos por órgano distinto, como el Tribunal Constitucional.

En cuanto, a la facultad contenida en el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, referida a la posibilidad de apartarse del precedente de obligatorio cumplimiento, a través de una adecuada motivación, considero que la misma no dificulta la unificación de los criterios de decisión judicial; pues en la práctica jurídica la mayoría de magistrados temen apartarse de cualquier precedente vinculante por temor a ser denunciados por prevaricato, y en caso de que alguien se apartase, la Sala Suprema pertinente tiene la potestad de verificar si la argumentación empleada es la adecuada y suficiente para apartarse del precedente vinculante; y sí finalmente, el

cambio de criterio es justificado será en beneficio de una mejor administración de justicia.

Respecto a sí las expresiones “doctrina jurisprudencial” y “precedente judicial” son idénticos o diferentes, como ya se explicó anteriormente a nivel doctrinal son diferentes; razón por la que, la Ley N° 29364, modificó el artículo 400° del Código Procesal Civil, siendo la expresión actual el de “precedente judicial”, con lo que se espera lograr la ansiada uniformidad jurisprudencial que genere seguridad jurídica y predictibilidad, con el fin de evitar la arbitrariedad. Asimismo, se debe entender que el precedente a que hace alusión el citado artículo es de obligatorio cumplimiento por todas las instancias judiciales y no una referencial, y que, el hecho de que posibilite apartarse del mismo, no le quita la calidad de obligatorio, a menos que la Sala Suprema decida asumir un nuevo criterio.

En cuanto a la posibilidad de imponer algún apercibimiento por apartarse del precedente, el Código Procesal Civil no lo contempla ni tampoco la Ley del Proceso Contencioso Administrativo; sin embargo, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece cuáles son los deberes y responsabilidades de los Magistrados, en sus artículos 20°, 184°, 200° y 201°; por lo que, de apartarse de algún criterio establecido o precedente judicial sin una adecuada motivación, podría ser denunciado por las partes del proceso ante el Órgano de Control de la Magistratura (OCMA), de ser el caso al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial o al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM).

Finalmente, cabe destacar que una de las modificaciones que introduce la Ley N° 29364 al artículo 400° del Código Procesal Civil, consiste en la no necesidad de convocar a la Sala Plena para crear o modificar un precedente judicial, sino que ahora se permite que sea la Sala Civil de la Corte Suprema la que convoque a los magistrados supremos de la especialidad civil para la expedición de dichos precedentes, lo que evita

tener que convocar a un gran número de vocales (de otras especialidades) y problemas logísticos.

2.1.3. Requisitos de admisibilidad

“Artículo 387°.- Requisitos de forma.-

El recurso de casación se interpone:

1. Contra las resoluciones enumeradas en el Artículo 385;
2. Dentro del plazo de diez días, contado desde el día siguiente de notificada la resolución que se impugna, acompañando el recibo de pago de la tasa respectiva; y
3. Ante el órgano jurisdiccional que expidió la resolución impugnada”.

“Artículo modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 29364, publicada el 28 mayo 2009, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 387°.- Requisitos de admisibilidad

El recurso de casación se interpone:

- 1. Contra las sentencias y autos expedidos por las salas superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso;*
- 2. ante el órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada o ante la Corte Suprema, acompañando copia de la cédula de notificación de la resolución impugnada y de la expedida en primer grado, certificada con sello, firma y huella digital, por el abogado que autoriza el recurso y bajo responsabilidad de su autenticidad.*

En caso de que el recurso sea presentado ante la Sala Superior, esta deberá remitirlo a la Corte Suprema sin más trámite dentro del plazo de tres días;

- 3. dentro del plazo de diez días, contado desde el día siguiente de notificada la resolución que se impugna, más el término de la distancia cuando corresponda;*
- 4. adjuntando el recibo de la tasa respectiva.*

Si no se cumple con los requisitos previstos en los numerales 1 y 3, la Corte rechazará de plano el recurso e impondrá al recurrente una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal en caso de

que considere que su interposición tuvo como causa una conducta maliciosa o temeraria del impugnante.

Si el recurso no cumple con los requisitos previstos en los numerales 2 y 4, la Corte concederá al impugnante un plazo de tres días para subsanarlo, sin perjuicio de sancionarlo con una multa no menor de diez ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal si su interposición tuvo como causa una conducta maliciosa o temeraria. Vencido el plazo sin que se produzca la subsanación, se rechazará el recurso."

Tal como se observa, el texto actual del artículo 387° del citado Código ha incluido (con notorias modificaciones) el contenido del derogado artículo 385° por la Ley N°29364.

En cuanto al **inciso 1** del artículo 387° del Código Procesal Civil, se advierte que ha prescindido de la frase "sentencias y autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso" y se ha cambiado por la frase "sentencias y autos expedidos por las Salas Superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso". La doctrina señala de manera uniforme que se pretende evitar que se sigan planteando recursos de casación contra resoluciones que no ponen fin del proceso, sino que buscan solo anular sentencias o autos. Algunos juristas nacionales consideran que debió aprovecharse la Ley 29364 para impedir que lleguen en casación las resoluciones emitidas en los procesos sumarísimos, abreviados o de ejecución, logrando con esto disminuir la excesiva carga procesal de la Corte Suprema.

Con la nueva redacción el **inciso 2** del artículo 387° del Código Procesal Civil, a diferencia del texto original, existen dos formas de presentar del recurso de casación; la primera, establece que se puede interponer ante la Sala Superior que emitió la sentencia y/o auto impugnado; y con la segunda, se puede interponer directamente a la Corte Suprema.

Ante esta doble posibilidad la autora ARIANO¹²¹ afirma que *“No se sabe bien cuál sea la razón por la cual se haya pensado en la interposición ‘directa’ del recurso ante la Corte Suprema, pero la solución me agrada, pues con ello se evitará todo ese tiempo ‘muerto’ que se generaba entre la interposición/concesión del recurso y su remisión al órgano de destino”*.

Por otro lado, el **inciso 2** exige al impugnante que acompañe “copia de la cédula de notificación de la resolución impugnada y de la expedida en primer grado, certificada con sello, firma y huella digital, por el abogado que autoriza el recurso y bajo responsabilidad de su autenticidad”; no se entiende cuál es el objetivo de esta exigencia, salvo que se pretenda desterrar alguna práctica fraudulenta.

El **inciso 3** del citado artículo, establece al igual que su texto original, que el recurso de casación se interpone: “dentro del plazo de diez días, contado desde el día siguiente de notificada la resolución que se impugna, más el término de la distancia cuando corresponda”. Al respecto, se observa que subsiste el cómputo del plazo por días hábiles y no calendario, dicho plazo es perentorio no admite ampliación, pues, el oportunidad de presentación y sustentación es preclusiva.

El **inciso 4** del mismo artículo, establece que el recurso de casación se interpone adjuntando la tasa judicial. El valor de dicha tasa o arancel judicial es regulado anualmente en base a lo previsto en el T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se actualiza tomando como referencia la unidad impositiva tributaria (UIT), 10 unidades de referencia procesal (URP) equivalen a 1 UIT, (para el 2015 la UIT se fijó en S/. 3850.00 nuevos soles, por lo tanto, la URP es igual a S/. 385.00 nuevos soles). Esta constituye también una manera de controlar el exagerado número de casaciones que ingresan a la Corte Suprema.

¹²¹ ARIANO DEHO, Eugenia. “Nota a primera lectura sobre la reforma del recurso de casación civil (y sobre la reducción de las competencias de la Corte Suprema”. En Actualidad Jurídica. T. 187. Gaceta Jurídica, Lima. Junio 2009, p.20.

2.1.4. Requisitos de procedencia

“Artículo 388°.- Requisitos de fondo.-

Son requisitos de fondo del recurso de casación:

1. Que el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando ésta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso;
2. Que se fundamente con claridad y precisión, expresando en cuál de las causales descritas en el Artículo 386 se sustenta y, según sea el caso:

2.1. Cómo debe ser la debida aplicación o cuál la interpretación correcta de la norma de derecho material;

2.2. Cuál debe ser la norma de derecho material aplicable al caso; o

2.3. En qué ha consistido la afectación del derecho al debido proceso o cuál ha sido la formalidad procesal incumplida”.

“Artículo modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 29364, publicada el 28 mayo 2009, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 388°.- Requisitos de procedencia

Son requisitos de procedencia del recurso de casación:

- 1. Que el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando esta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso;*
- 2. describir con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial;*
- 3. demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada;*
- 4. indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio. Si fuese anulatorio, se precisará si es total o parcial, y si es este último, se indicará hasta donde debe alcanzar la nulidad. Si fuera revocatorio, se precisará en qué debe consistir la actuación de la Sala. Si el recurso contuviera ambos pedidos, deberá entenderse el anulatorio como principal y el revocatorio como subordinado."*

En cuanto al **inciso 1** del citado artículo, el litigante para cumplir este requisito de procedencia, debe demostrar que discrepó del razonamiento judicial del *A quo*; por lo que, debe apelar dicha resolución; y, si esta es confirmada en segunda instancia corresponderá a éste recurrir en casación.

Conforme lo ha establecido la Corte Suprema, no basta con impugnar la sentencia de primera instancia, sino que el error o vicio que se denuncia en casación, también debe haber sido cuestionado o impugnado en las instancias inferiores.

Respecto al **inciso 2** del mismo artículo, establece que en el recurso de casación se debe describir con claridad y precisión la causal o causales que lo sustentan; es decir, el recurrente debe fundamentar con claridad y precisión en qué consiste el vicio o error en que ha incurrido el magistrado y cómo esta le causa agravio.

El **inciso 3** del artículo en referencia, establece que el recurrente debe demostrar que aquel error o vicio denunciado ha determinado directamente el sentido de la decisión impugnada, en cuanto a la necesidad o no de éste requisito hay opiniones divididas en el ámbito jurídico, sin embargo me aúno a aquellos que consideran que la Sala Suprema debe admitir solo aquellos recursos que contienen una fundamentación apropiada y no cualquier argumento, donde resulte evidente que no logra cumplir con acreditar la incidencia directa de la infracción.

El **inciso 4** del anotado artículo, introduce como novedad la posibilidad de que el impugnante voluntariamente decidida que pretende con su recurso.

Asimismo, este inciso dispone que en caso se postule la rescisión y la revocación de la decisión judicial, deberá entenderse como pretensión principal la rescisión y la revocatoria como subordinada; lo que resulta lógico ya que de declararse fundada la petición rescisoria se extinguiría el acto

procesal cuestionado, deviniendo en irrelevante pronunciarse sobre la pretensión revocatoria.

2.1.5. Procedencia excepcional del Recurso de Casación

“Artículo incorporado por el Artículo 2° de la Ley N° 29364, publicada el 28 mayo 2009.

Artículo 392°-A.- Procedencia excepcional

Aun si la resolución impugnada no cumpliera con algún requisito previsto en el artículo 388°, la Corte puede concederlo excepcionalmente si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículo 384°.

Atendiendo al carácter extraordinario de la concesión del recurso, la Corte motivará las razones de la procedencia.”

Algunos juristas consideran que se debe reemplazar el Recurso de Casación por el Certiorari, sin embargo, se debe tener en cuenta que existen notables diferencias con el *Certiorari* del Derecho Norteamericano, como por ejemplo, la decisión de la Corte casatoria siempre debe estar debidamente motivada, pues, así está previsto en la Constitución Política del Perú, lo que ocurre con el Certiorari, donde la decisión no requiere fundamentación alguna.

En la primera frase del citado artículo puede leerse: “*aun si la resolución impugnada no cumpliera con algún requisito previsto en el artículo 388° la Corte puede concederlo excepcionalmente si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículo 384° (...)*”. Para un sector de la doctrina la confusión se ha generado porque donde dice “artículo 388°” consideran debe leerse “artículo 387°”, pues, aquel regula los requisitos de procedencia del recurso, mientras que éste los de admisibilidad.

La profesora ARIANO¹²² señala que: “(...) *Ergo, de dos una: o se*

¹²² ARIANO DEHO, Eugenia, Ob. Cit., p. 21.

*equivocaron en la remisión del artículo (el 388° por el inciso 1 del artículo 387°) o donde dice **resolución impugnada** hay que entender **recurso**. Siendo esto último, lo único que se nos ocurre pensar es que la ‘infracción normativa’ denunciada no tenga incidencia directa sobre la decisión impugnada (...)*”.

Lo correcto es que se refiera a los requisitos del “recurso presentando”, y no a la “resolución impugnada”, pues, el artículo 388° regula los requisitos de procedencia de este, y no los de la resolución de vista que se cuestiona.

Cabe mencionar, respecto al trámite y los efectos del Recurso de Casación que estos no merecen mayor comentario, pues la redacción es clara, no habiendo sido sustanciales las modificaciones introducidas por la acotada Ley N° 29364.

CAPÍTULO VIII

LA CASACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

1. Legislación comparada sobre el Recurso de Casación

1.1. Colombia.

La Constitución Política de Colombia de 1886, en su artículo 151°, estableció como facultad de la Corte Suprema de Justicia actuar como tribunal casatorio. Los regímenes anteriores eran contrarios a la unificación jurisprudencial. El establecimiento de facultades casatorias por parte del tribunal de la más alta jerarquía se basaba y orientaba en la función unificadora del recurso, además del control de la correcta aplicación de la ley. En el ordenamiento vigente, el Código de Procedimiento Civil de Colombia, señala como finalidades del recurso: “a) Unificar la jurisprudencia nacional. b) Controlar la correcta aplicación del derecho objetivo, tanto sustantivo como procesal”. Por ello precisa que constituye finalidad del recurso proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos.

Cabe anotar, que el Código de Procedimiento Civil de Colombia regula el control casatorio cuando hay error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, así tenemos que el inciso 1) del artículo 368° establece:

“Son causales de casación: Ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial. La violación de norma de derecho sustancial puede ocurrir también como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o determinada prueba”.

El recurso de casación colombiano como vemos, tiene similitudes en con nuestro recurso de casación civil, en cuanto a los fines; sin embargo, a la vez tiene notorias diferencias, ya que nuestro ordenamiento procesal no regula el control casatorio sobre el error de hecho o de derecho relacionado con el tema probatorio.

1.2. Uruguay.

El Código de Procedimiento Civil de Uruguay establece en el primer párrafo, del artículo 270° que: *“El recurso sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho, sea en el fondo o en la forma. Se entenderá por tal, inclusive, la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba”*.

En este caso, la infracción de las reglas relativas a la valorización de las pruebas puede invocarse como causal del recurso, caber anotar que el citado artículo tiene el mismo texto del artículo 240° del Código Civil Modelo para Iberoamérica.

1.3. Bolivia.

En la Legislación interna de Bolivia, el recurso de casación tiene carácter extraordinario, tiene una importancia práctica y teórica, corresponde a la Corte Suprema resolver dicho recurso, se interpone contra las sentencias o autos emitidos por las Cortes Superiores cuando alguna de las partes considera que al resolver se ha infringido leyes expresas; el Tribunal Supremo resuelve declarando improcedente, fundado o infundado, el citado medio impugnatorio.

A través de este recurso se pueden lograr dos cosas, primero invalidar una sentencia que hubiese transgredido una ley en cuyo caso la Cortes de Casación dictará una nueva sentencia de fondo, aplicando de forma correcta la norma legal vulnerada; o segundo, la anulación de la sentencia impugnada, por algún vicio procesal dentro del proceso. Atendiendo al carácter extraordinario del recurso de casación el mismo procederá solo cuando se hayan agotado los recursos ordinarios.

El Código de Procedimiento Civil de Bolivia, en el inciso 3) del artículo 253° establece: *“procederá el recurso de casación en el fondo: (...) Cuando*

en la apreciación de las pruebas se hubiera incurrido en error de derecho o error de hecho. El último deberá evidenciarse por documentos o actos auténticos que demostraren la equivocación manifiesta del juzgador”.

Este precepto regula el control casatorio cuando hay error de derecho o de hecho en la valoración de la prueba.

En el recurso de casación por error de forma (*error in procedendo*), se pueden plantear los siguientes casos: “1.- el primer error radica en la desviación de las formas procesales determinadas de antemano por el Derecho Procesal; y b.- en el error pueden incurrir las partes, apartándose de esas formas procesales, motivando una disminución en las garantías de la sustanciación del proceso y privando a las partes de la defensa plena del derecho”.

En los casos, por *error in procedendo*, la Corte deberá anular lo actuado hasta donde se originó el vicio, y deberá remitir el proceso al inferior para que emita nuevo pronunciamiento conforme a ley, en el derecho francés se conoce como reenvío (*renvoi*).

Como podemos apreciar, guarda cierta similitud con la Casación en nuestro ordenamiento procesal, pero tiene notoria diferencia en cuanto al control casatorio sobre el error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, que en nuestro caso no está regulado.

1.4. Ecuador.

La Codificación 2004-01 en su artículo 3° regula: “*El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: (...) Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una*

equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto”.

Esta norma dispone que se realice el control casatorio cuando la norma material es infringida por error en la interpretación de las reglas que regulan la valoración de la prueba.

CAPÍTULO IX

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

1. Algunas precisiones antes de analizar la jurisprudencia nacional.

Primero, la doctrina ha establecido como regla general que no es posible revisar los hechos y las pruebas actuadas en el proceso, y que en la etapa de calificación del recurso solo se analiza si este cumple los requisitos de forma y fondo que prevén los artículos 387° y 388° del Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 29364; asimismo ha establecido que el principio *Iura Novit Curia*, no es aplicable en casación, debido a la necesidad de fundamentar el recurso en alguna causal o motivo expresamente prescrito en la ley, caso contrario el recurso debe declararse improcedente.

Sin embargo, en cuanto a la aplicación del anotado principio existen excepciones como las planteadas por el profesor GUZMÁN FLUJA¹²³ respecto a la aplicación de dicho principio, refiere:” (...) *tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de manifiesto la existencia de situaciones en las que el control de derecho efectuado por el TS se realiza para corregir defectos o vicios no denunciados por las partes recurrentes. Son los casos en los que se lleva a cabo un control de oficio que abre la puerta a la aplicación del principio «Iura novit curia» en casación. (...) es posible encontrar manifestaciones del principio que nos ocupa cuyo origen es puramente jurisprudencial, sin que exista una norma jurídica que lo sancione, situación que empieza a ser particular del derecho español, nos referimos a la corrección de la motivación jurídica de la sentencia al hilo de la teoría de la causalidad del error denunciado respecto del fallo: casos en los que el TS estima que el vicio denunciado, aún existente,*

¹²³ GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *El recurso de casación civil (control de hecho y de derecho)*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 97-102.

no determina injusticia alguna del fallo, no causa, por tanto, su injusticia o ilegalidad, porque éste puede ser mantenido en atención a otros fundamentos jurídicos distintos de los afectados por el vicio y que acreditan que el fallo es conforme a derecho. Manteniendo, pues, la decisión impugnada y desestimando el recurso, el TS procede implícita o explícitamente, a corregir la motivación en derecho de la sentencia (...)” (el sombreado es nuestro).

Así también, nuestra doctrina nacional admite que es posible aplicar el principio *Iura Novit Curia* cuando se trate de la infracción de normas de orden público (legitimación, caducidad, actos nulos de pleno derecho, etc.), esto se justifica en la obligación que tienen los jueces de mérito de tener en cuenta y apreciar la existencia de tales normas y aplicarlas aunque no hayan sido invocadas por las partes; y cuando se trate de la infracción de normas procedimentales aún cuando no hayan sido denunciadas por las partes; cabe precisar que se deben tratar de vicios o errores que debió de poner de manifiesto de oficio los jueces de mérito y no lo hicieron, como por ejemplo la incompetencia absoluta, la falta de jurisdicción, la cosa juzgada, etc.

Segundo, que la Corte Suprema creó una causal por ficción jurídica, la denominada **contravención por excepción o de forma excepcional**, que no se encontraba regulada en el Código Adjetivo, es decir, distinta de las causales previstas en el artículo 386° del Código Procesal Civil en su texto original, esto es: “interpretación errónea de una norma de derecho material, inaplicación de una norma de derecho material, aplicación indebida de una norma de derecho material, contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso e infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales”.

Debo agregar, que dicha causal fue utilizada en la etapa de calificación para declarar procedente el recurso de casación mal planteado, para luego analizar en el fondo normas procesales no denunciadas por las partes o que habiendo sido denunciadas no estuvieron correctamente

sustentadas, estos casos se declaraban fundados, ordenando que el Juez de origen emita nuevo fallo (reenvío).

La citada ficción jurídica, dejó de ser utilizada cuando entró en vigencia la Ley N° 29364, que incorporó al Código Procesal Civil el artículo 392°-A, que faculta a los Jueces Supremos a declarar procedente, de forma excepcional, un recurso mal planteado, es decir, aunque no procedente el cumpla con los requisitos del artículo 388° del anotado cuerpo normativo, si consideran que al resolverlo cumplirá con uno de los fines del Recurso de Casación, vale decir, con la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, o uniformizar la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.

Este artículo viene siendo utilizado por los Jueces Supremos para declarar procedente los recursos tanto por infracción de normas procesales como de normas materiales, es decir, van más allá de la regla general y de la excepciones antes indicadas; pues revisan los hechos y las pruebas actuadas en todos los procesos para determinar en la calificación del Recurso de Casación cuál es la norma material que debe ser analizada en el fondo para resolver el caso concreto actuando en sede de instancia.

Cabe agregar que algunos juristas nacionales consideran que a partir de la vigencia de la Ley N° 29364, el Recurso de Casación dejó de ser un medio impugnatorio extraordinario, que solo se admitía excepcionalmente; y que más bien se ha convertido, en una tercera instancia encubierta.

2. Resoluciones emitidas con aplicación de la causal creada por ficción jurídica denominada: Contravención de forma excepcional.

Texto de la resolución:

“Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

CAS. 664-09- LAMBAYEQUE

Lima, siete de abril del dos mil diez.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por Manuela González de Espinoza, cumple los requisitos de forma previstos en el texto original del numeral 3.1, inciso 3) del artículo 32° de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo - aplicable en razón a temporalidad, concordante con el artículo 387° del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; **Segundo:** Que, respecto a los requisitos de fondo, el recurrente denuncia las siguientes causales: **a) Inaplicación indebida o interpretación errónea del artículo 3 de la Ley 23908; b) Inaplicación de la Doctrina Jurisprudencial: i) Expediente 1417-05-AA/TC, ii) Expediente 0767-04-AA/TC, y iii) Casación 1145-06 emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, y c) Inaplicación del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil;**

Tercero: En cuanto a la causal contenida en el **acápito a)**, esta no puede ser amparada, toda vez que, no se cumple con el requisito que exige el artículo 388 inciso 2) del Código Procesal Civil, es decir no se ha fundamentado con claridad y precisión en cuál de las causales descritas en el artículo 386 del anotado cuerpo legal se sustenta; **Cuarto:** Respecto a la causal contenida en el **acápito b)**, **punto ii) y punto iii)**, es preciso señalar, que solo constituye doctrina jurisprudencial en materia contencioso administrativa, las decisiones adoptadas en casación por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, tal como lo prevé el texto original del artículo 34 de la Ley 27584, aplicable al presente caso por el principio de temporalidad; por tanto, al estar vinculada esta denuncia a una resolución emitida por órgano distinto, resulta ser improcedente; **Quinto:** Sobre la causal descrita en el **acápito b)**, **punto iii)**, de los fundamentos del recurso interpuesto, se aprecia que el mismo no cumple con el requisito de fondo que exige el artículo 388 inciso 2) del Código Procesal Civil; toda vez que, el recurrente no explica cómo es que los hechos acreditados por la Sala de Vista, se subsumen al supuesto de la resolución que invoca, ni como su aplicación haría variar el sentido de la decisión final; razón por la que, la causal denunciada debe declararse improcedente; **Sexto:** La causal contenida en el **acápito c)**, debe desestimarse, ya que la Corte Suprema en reiterada jurisprudencia ha establecido que las normas jurídicas se agrupan en dos categorías, unas reconocen un derecho o imponen un obligación, en tanto que,

*otras establecen los requisitos y reglas que se deben observar para activar la potestad jurisdiccional del Estado, de allí que, a las primeras se les denomina normas materiales o sustantivas, y las segundas procesales, formales o adjetivas, siendo que, de lo expuesto se concluye entonces que las normas que no son de derecho material no pueden ser examinadas en el marco de las causales comprendidas en los incisos 1) y 2) del artículo 386° del Código Procesal Civil; situación que se da en el caso de autos, pues del análisis de las normas que denuncia el recurrente, ésta no constituye norma de derecho material; por lo tanto, la causal invocada deviene en improcedente; **Sétimo:** En situaciones excepcionales, esta Suprema Sala se ha visto en la necesidad de evaluar si las causas sometidas a su jurisdicción han sido tramitadas respetando reglas mínimas y esenciales de procedimiento, debido a que la observancia del debido proceso constituye un principio constitucional de la función jurisdiccional. En atención a dicha excepción, se tiene, que Sala de Vista ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 139° numeral 3) de la Constitución Política del Estado, incurriendo por ende en una contravención al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva. Por estas consideraciones, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Manuela Gonzáles de Espinoza. a fojas ciento dieciséis contra la sentencia de vista contenida en la resolución número quince de fojas ciento doce del trece de noviembre de dos mil ocho; por la causal de: **contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso**; en los seguidos contra la Oficina de Normalización Previsional, sobre Impugnación de Resolución Administrativa; **DISPUSIERON** remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa”.*

Análisis:

La presente calificación, es sobre impugnación de resolución administrativa, el recurrente ha denunciado la causal de inaplicación indebida o interpretación errónea de una norma de derecho material, y la causal de inaplicación de la doctrina jurisprudencial, las mismas que han sido desestimadas por la Sala Suprema.

Sin embargo, los Jueces Supremos aplican la causal creada por ficción jurídica, y declaran procedente el recurso por contravención de las normas al debido proceso; lo que significa que el recurso mal planteado será

visto en el fondo, y por consecuencia lógica la Sala lo va a declarar fundado ordenando el reenvío al Juez Superior para que emita nuevo fallo.

En este caso la Sala tuvo que revisar el proceso para determinar el error, es poco probable que de solo la lectura del recurso se pueda detectar, más aún si está mal planteado.

Texto de la resolución:

“Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

CAS. 1366-08- LAMBAYEQUE

Lima, seis de marzo del dos mil nueve.-

VISTOS; y, **CONSIDERANDO:** **Primero:** Que, *el recurso de casación es un recurso extraordinario que persigue como fines esenciales, según el artículo 384° del Código Procesal Civil, la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo (finalidad nomofiláctica) y la unificación de los criterios jurisprudenciales por la Corte Suprema de Justicia (finalidad uniformizadora); sin embargo los alcances de este recurso no se agotan en los fines tradicionales antes mencionados, sino que la doctrina contemporánea le atribuye también una finalidad dikelógica, la cual se encuentra orientada a la búsqueda de la justicia al caso concreto; **Segundo:** Que, *en el caso de autos viene ante este Supremo Tribunal el recurso de casación interpuesto por el demandante José Marcelino Fernández Sucuple con fecha veinte de febrero de dos mil ocho, que corre de fojas ciento noventa y dos a ciento noventa y cuatro, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número veintidós de fecha dieciocho de enero de dos mil ocho, recurso que ha cumplido los requisitos de forma previstos en el numeral 3.1, inciso 3) del artículo 32° de la Ley 27584 que regula el Proceso Contencioso Administrativo, concordante con el artículo 387° del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; **Tercero:** Que, *el caso concreto de autos es uno de naturaleza previsional en el cual el demandante tiene como fecha de nacimiento el veintisiete de agosto de mil novecientos veinticuatro, habiéndosele otorgado pensión de jubilación mediante resolución numero dieciséis mil trescientos ochenta guión A guión doscientos treinta y tres guión CH guión ochenta y cinco de fecha quince de abril de mil novecientos ochenta y cinco, que corre a fojas dos; **Cuarto:*****

Que, el recurrente amparándose en el artículo 386° inciso 2 del Código Procesal Civil denuncia como causales de casación: la inaplicación de la Ley 23908; **Quinto:** Que, respecto a lo señalado en esta causal debemos decir, que la inaplicación de una norma se presenta cuando el Juzgador no logra identificar la norma aplicable al caso concreto que debe resolver y por lo tanto no la aplica, sin embargo de autos se advierte que la Sala Superior al resolver ha aplicado el artículo 3° de la Ley 23908, por lo que la causal denunciada no se ajusta a lo ocurrido en autos, resultando improcedente dicha causal; **Sexto:** Que, no obstante lo anterior, esta Sala de la Corte Suprema de la República ha determinado en casos excepcionales, que corresponde incorporar de manera extraordinaria, la causal casatoria de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, a pesar de no ser invocada por el recurrente, sin perjuicio de encontrarse regulada en la Ley 27584 en aplicación supletoria del Código Procesal Civil, ya que es deber de todo órgano jurisdiccional controlar el respeto de las garantías esenciales del debido proceso; **Séptimo:** Que, en el presente caso la Sala Superior no motivó adecuadamente la recurrida, pues ha desestimado la demanda bajo el argumento que al actor no le alcanzan los beneficios de la Ley 23908 por cuanto se le ha otorgado una pensión reducida de invalidez y jubilación, sin embargo el análisis del Colegiado Superior debió también y de manera preliminar, discernir si el recurrente cumplía con todos los requisitos previstos en el texto original del Decreto Ley 19990, de aplicación por razón de temporalidad, y si los requisitos, que de ser el caso, hubiera cumplido le daban derecho a una pensión en el régimen general o en el régimen especial contenido en el artículo 47° del Decreto Ley 19990, teniendo en cuenta que el actor nació el veintisiete de agosto de mil novecientos veinticuatro, lo que deberá determinar la Sala Superior en aplicación del principio iura novit curia; por lo que en tal sentido, el Superior, según sea el caso, debe analizar y motivar adecuadamente su decisión, resultando procedente por estos fundamentos incorporada de forma extraordinaria, a fin de emitir una sentencia motivada como lo exigen los artículos 50° inciso 6) y 122° incisos 3) y 4) del Código Procesal Civil, modificados por el artículo 1° de la Ley 27524; y artículo 139° inciso 5) de la Constitución Política del Estado. Por estas consideraciones declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el demandante José Marcelino Fernández Suclupe, por la causal de **contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso**, en los seguidos contra la Oficina de Normalización Previsional sobre Acción Contenciosa Administrativa; en

consecuencia, **DISPUSIERON** remitir los actuados al Fiscal Superior respectivo para que emita el dictamen correspondiente”.

Análisis:

La presente calificación, es sobre reajuste de pensión con aplicación de la Ley N° 23908, el recurrente ha denunciado la causal de inaplicación, la misma que ha sido desestimada por la Sala Suprema.

Los Jueces Supremos en aplicación de la función Dikelógica como se aprecia de su primer considerando, incorporan de forma extraordinaria la causal de contravención de normas al debido proceso, y declaran procedente el recurso de casación, lo que significa que el recurso mal planteado será visto en el fondo, y por consecuencia lógica la Sala lo va a declarar fundado ordenando el reenvío al Juez Superior para que emita nuevo fallo.

Al igual que en el caso anterior considero que la Sala tuvo que revisar el proceso para determinar el error, es poco probable que de solo la lectura del recurso se pueda detectar y más aún si está mal planteado.

Texto de la resolución:

“Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

CAS. 1904-08- CUSCO

Lima, nueve de marzo del dos mil nueve.-

VISTOS, y CONSIDERANDO:

Primero: *Que, la casación constituye un recurso extraordinario que permite controlar los errores de derecho en la actividad procesal y el enjuiciamiento de fondo, teniendo como fines, según el artículo 384° del Código Procesal Civil, la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de jurisprudencia nacional; la primera finalidad mencionada se le denomina finalidad nomofiláctica que consiste en la tutela o protección del ordenamiento jurídico y es considerado el fin principal de la casación; la segunda finalidad mencionada se le denomina finalidad unificadora, este fin persigue uniformizar los criterios jurisprudenciales, pues, no resulta razonable ni justo que en un ordenamiento*

jurídico exista criterios diferentes para la solución de casos similares; finalmente la doctrina contemporánea atribuye, también, una finalidad dialéctica, la cual se encuentra orientada a la búsqueda de la justicia al caso concreto, y el control de la motivación de las resoluciones judiciales (control de logicidad): **Segundo**: Que, en el caso de autos viene ante esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por la co-demandada Dirección Regional de Salud del Cusco con fecha trece de marzo de dos mil ocho, de fojas doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cuarenta y seis, contra la sentencia de vista de fecha veintiuno de febrero de dos mil ocho; recurso impugnatorio que cumple los requisitos de forma previstos en el numeral 3.1, inciso 3) del artículo 32° de la Ley 27584 que regula el Proceso Contencioso Administrativo, concordante con el artículo 387° del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; **Tercero**: Que, la parte recurrente amparándose en el inciso 2) del artículo 386 del Código Procesal Civil plantea como causal del recurso la inaplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia recaída en el expediente número dos mil seiscientos dieciséis guión dos mil cuatro guión AC oblicua TC emitida por el Tribunal Constitucional, de fecha doce de setiembre de dos mil cinco; **Cuarto**: Que, respecto de la causal denunciada en el considerando precedente debemos decir que, la fundamentación del recurso de casación interpuesto por la co-demandada no es coherente con la causal denunciada, ya que se aprecia en el texto del recurso que pese a invocar la inaplicación de la sentencia recaída en el expediente número dos mil seiscientos dieciséis guión dos mil cuatro guión AC oblicua TC, ésta ha sido aplicada en la sentencia recurrida, por lo que incurre en contradicción de los principios básicos de la lógica formal; por lo que esta causal deviene en improcedente; **Quinto**: Que, sin embargo, esta Sala de la Corte Suprema cree pertinente incorporar de manera extraordinaria la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, cuando existen elementos relevantes que ameritan su revisión, como se manifiesta en el presente proceso, en el que la Sala Superior no señaló adecuadamente cuál es el elemento que permita determinar si la parte demandante tiene derecho al beneficio contenido en el Decreto de Urgencia 037-94. Por estas consideraciones declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por la Dirección Regional de Salud del Cusco con fecha trece de marzo de dos mil ocho, de fojas doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cuarenta y seis, contra la sentencia de vista de fecha veintiuno de febrero de dos mil ocho; y, **PROCEDENTE** por la causal de: Contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, incorporada de manera extraordinaria por esta Sala Suprema, en consecuencia

DISPUSIERON remitir los actuados al Ministerio Público para la emisión del dictamen de ley, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa”.

Análisis:

En la presente calificación, la entidad demandada ha denunciado la causal de inaplicación de la doctrina jurisprudencial, la misma que ha sido desestimada por la Sala Suprema.

En este caso los Jueces Supremos, en aplicación de la función Dikelógica como se aprecia de su primer considerando, incorporan de forma extraordinaria la causal de contravención de las normas al debido proceso, y declaran procedente el recurso de casación, lo que significa que el recurso mal planteado será visto en el fondo, y por consecuencia lógico jurídica la Sala lo va a declarar fundado ordenando el reenvío al Juez Superior para que emita nuevo fallo.

Como se puede apreciar la Sala tuvo que revisar todo el proceso para determinar el error, pues de la sola lectura del recurso no se puede detectar más aún si está mal planteado.

Texto de la resolución:

“Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

CAS. 4118-2009- LA LIBERTAD

Lima, dos de junio de dos mil diez.

VISTOS; y, **CONSIDERANDO:** **Primero:** Que, el recurso de casación interpuesto por el Gobierno Regional de Ucayali, cumple los requisitos de forma previstos en el texto original del numeral 3.1, inciso 3) del artículo 32° de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo - aplicable en razón a temporalidad, concordante con el artículo 387° del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; **Segundo:** Que, respecto a los requisitos de fondo, la entidad recurrente denuncia las siguientes causales: **i) Aplicación indebida de una norma de derecho material;** y **ii) Interpretación errónea de la Doctrina Jurisprudencial (Expediente 2616-04-AC/TC);** **Tercero:** De los fundamentos del recurso interpuesto, respecto del ítem i), se determina que

el mismo no resulta viable, toda vez que, la recurrente no señala de forma clara y precisa la norma o normas de derecho material que deben ser analizadas bajo la causal denunciada; por lo tanto, no se cumple con el requisito de fondo previsto en el artículo 388 inciso 2) del Código Procesal Civil; **Cuarto:** Respecto a la causal contenida en el ítem ii), cabe anotar que el texto original del artículo 34° de la Ley N° 27584, aplicable al presente caso, textualmente señalaba: *Tas decisiones adoptadas en casación por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República constituirán doctrina jurisprudencial en materia contencioso administrativa(...), tomando como base este dispositivo, se concluye que las decisiones emitidas por otros órganos autónomos como el Tribunal Constitucional, no constituyen doctrina jurisprudencial; razón por la que, estas causales devienen en improcedentes;* **Quinto:** *Que, según el texto original del artículo 384° del Código Procesal Civil, el recurso de casación persigue como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo (finalidad nomofiláctica) y la unificación de los criterios jurisprudenciales por la Corte Suprema de Justicia (finalidad uniformizados). Asimismo, la doctrina contemporánea le atribuye una finalidad denominada dikelógica que se encuentra orientada a la búsqueda de la justicia al caso concreto; por lo que, a la luz de esta norma el examen de las causales previstas para su interposición debe efectuarse teniendo en cuenta el logro de tales finalidades;* **Sexto:** *En atención a lo expuesto precedentemente, en situaciones excepcionales, esta Suprema Sala se ha visto en la necesidad de evaluar si las causas sometidas a su jurisdicción han sido tramitadas respetando reglas mínimas y esenciales de procedimiento, debido a que la observancia del debido proceso constituye un principio constitucional de la función jurisdiccional. En atención a dicha excepción, se tiene que verificar en este caso concreto sí se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 139° numeral 3) de la Constitución Política del Estado, incurriendo por ende en una contravención al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva. Por estas consideraciones, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el Gobierno Regional de Ucayali a fojas doscientos ocho contra la sentencia de vista contenida en la resolución número seis de fojas ciento noventa y dos del diecisiete de marzo de dos mil nueve; por la causal de: **Contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso;** en los seguidos contra el Hospital Regional de Pucallpa y otro, sobre Acción Contencioso Administrativa; **DISPUSIERON** remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa”.*

Análisis:

En la presente calificación, la entidad recurrente ha denunciado las causales de interpretación errónea y aplicación indebida de una norma de derecho material, las mismas que han sido desestimadas por la Sala Suprema.

Podemos apreciar del quinto considerando que los Jueces Supremos aplican la función Dikelógica, para incorporar de forma extraordinaria la causal de contravención de las normas y declaran procedente el recurso de casación, lo que significa será visto en el fondo, y por consecuencia lógico jurídica la Sala lo va a declarar fundado ordenando el reenvío al Juez Superior para que emita nuevo fallo.

Considero que la Sala tuvo que revisar todo el proceso para determinar el error, pues de la sola lectura del recurso no se puede detectar más aún si está mal planteado.

Texto de la sentencia:

“Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

CAS. 256-08- LAMBAYEQUE

Lima, diez de junio de dos mil nueve.-

VISTA; *la causa número doscientos cincuenta y seis guión dos mil ocho en audiencia pública de la fecha; de conformidad con el Dictamen del Señor Fiscal en lo Contencioso Administrativo; y, producida la votación con arreglo a Ley, se ha emitido la siguiente sentencia; CONSIDERANDO: Primero: Que, se trata del recurso de casación interpuesto mediante escrito de fojas doscientos dos a doscientos cinco por la parte demandante contra la sentencia de vista número diecisiete de fecha diez de octubre del dos mil siete que corre de fojas ciento noventa y siete a ciento noventa y ocho que confirma la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda; Segundo: Que, mediante resolución de fojas veintiséis a veintisiete del cuaderno de casación, su fecha doce de noviembre del dos mil ocho se declaró procedente el recurso de casación interpuesto por don Manuel Pérez López contra la Oficina de Normalización*

*Previsional - ONP por la causal de contravención de las normas que garantizan el debido proceso, correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento sobre dicha causal; **Tercero:** Que, respecto a la causal denunciada debemos decir que, el debido proceso es el conjunto de garantías mínimas que deben existir en todo proceso para que el mismo se considere justo; que dentro de las garantías integrantes del debido proceso tenemos el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. En este sentido el contenido esencial del derecho y principio de motivación de las resoluciones judiciales se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y por sí misma la resolución judicial expresa una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión, es decir que por lo menos las resoluciones judiciales vengán sustentadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión, o lo que es lo mismo la ratio decidendi que ha determinado aquella;*

***Cuarto:** Que, en el caso concreto de autos, al demandante se le otorgó Pensión de Jubilación Adelantada el veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y ocho a partir del veintiuno de julio de mil novecientos noventa y siete conforme lo normado por el Decreto Ley N° 25967; sin embargo, añade que adquirió derecho a pensión bajo los alcances del Decreto Ley N° 19990 antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25967, pues, al dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y dos contaba con cincuenta y nueve años de edad y treinta y nueve de aportaciones;*

Quinto:** Que, el artículo 44° del Decreto Ley N° 19990 estableció textualmente lo siguiente: **Los trabajadores que tengan cuando menos 55 o 50 años, de edad y 30 ó 25 años de aportación, según sean hombres o mujeres, respectivamente, tienen derecho a pensión de jubilación;

***Sexto:** Que, el artículo 3° de la Ley N° 27561 ha reconocido el derecho de los trabajadores que al dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y dos, hubieran cumplido con los requisitos establecidos en el Decreto Ley N° 19990, a que se les otorgue una pensión de jubilación calculada de conformidad con las normas establecidas en el referido Decreto Ley;*

Sétimo:** Que, asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0513-2004-AA/TC en su fundamento 4. señala lo siguiente: **Conforme lo ha establecido este Tribunal, los asegurados inscritos en el Decreto Ley N.° 19990 que hubieran cumplido sus requisitos hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley N.° 25967, tendrán

derecho al cálculo de la pensión respectiva, conforme a los criterios establecidos en esta norma, por tratarse de derechos adquiridos que necesariamente deben ser respetados en atención a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993; Octavo: Que, de la revisión de la sentencia de vista y teniendo en cuenta las normas citadas en los considerandos anteriores, la Sala de mérito no ha motivado adecuadamente su decisión, en consecuencia, corresponde a esta Sala Suprema declarar fundado el recurso de casación; por estas consideraciones y de conformidad con el Dictamen Fiscal declararon **FUNDADO el recurso de casación interpuesto mediante escrito de fojas doscientos dos a doscientos cinco por la parte demandante contra la sentencia de vista número diecisiete de fecha diez de octubre del dos mil siete que corre de fojas ciento noventa y siete a ciento noventa y ocho que confirma la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda; en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fojas ciento noventa y siete a ciento noventa y ocho; **DISPUSIERON** que la Sala Superior emita nuevo pronunciamiento cumpliendo con fundamentar adecuadamente su decisión con arreglo a ley, y observando las directivas que se desprenden de este pronunciamiento; en los seguidos por don Manuel Pérez López con la Oficina de Normalización Previsional - ONP; **ORDENARON** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial **El Peruano**".**

Análisis:

En la presente sentencia, sobre reajuste de pensión de jubilación adelantada, se declaró procedente la causal de contravención de las normas, es decir, por causal procesal; sin embargo, la Sala analizó si le correspondía el derecho al actor, y no se limitó a revisar si existía un defecto de motivación u otro de orden procesal; por lo que, considero aplicó la función Dikelógica como en los casos ya citados.

Texto de la resolución:

"Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

CAS. 2095-09-ICA

Lima, doce de mayo de dos mil diez.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por Moisés Serafín Espinoza Muñoz, cumple los requisitos de forma previstos en el texto original del numeral 3.1, inciso 3) del artículo 32° de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo - y los contenidos en el artículo 387° del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; **Segundo:** Que, cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, lo hace así en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo, a través del cual, la Corte Suprema va a ejecutar su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncia como vicio o error en el recurso y no va a actuar como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso; **Tercero:** Que, el artículo 388° del Código Adjetivo anotado, establece que constituye requisito de fondo del recurso que se fundamente con claridad y precisión, expresando en cuál de las causales descritas en el artículo 386° del Código Procesal Civil se sustenta, y según sea el caso, debe indicarse cómo debe ser la debida aplicación o cuál la interpretación correcta de la norma, cuál debe ser la norma de derecho material aplicable al caso, o en qué ha consistido la afectación del derecho al debido proceso o cuál ha sido la formalidad procesal incumplida; **Cuarto:** Que, en cuanto a los requisitos de fondo, el recurrente no precisa causal alguna, por lo que resulta inviable su procedencia; **Quinto:** En situaciones excepcionales, esta Suprema Sala se ha visto en la necesidad de evaluar si las causas sometidas a su jurisdicción han sido tramitadas respetando reglas mínimas y esenciales de procedimiento, debido a que la observancia del debido proceso constituye un principio constitucional de la función jurisdiccional. En atención a dicha excepción, se tiene, que Sala de Vista habría vulnerado lo dispuesto en el artículo 139° numeral 3) de la Constitución Política del Estado, incurriendo por ende en una contravención al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva; **Sexto:** Cabe anotar, que mediante Resolución Directoral Regional N° 742 de fecha diecisiete de abril de dos mil siete que obra a fojas tres, se le reconoció al demandante la bonificación del Decreto de Urgencia 037-94, acto administrativo firme como aparece de autos. Por estas consideraciones, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Moisés Serafín Espinoza Muñoz, a fojas ciento cinco, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número catorce de fojas noventa y siete del doce de diciembre de dos mil ocho; por la causal de: Contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; en los seguidos contra la Dirección Regional de Educación de Ica y otro,

sobre Acción Contencioso Administrativa; DISPUSIERON remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa”.

Análisis:

En la presente calificación, el recurrente no cumplió con precisar la causal o causales que sustentan el recurso extraordinario; sin embargo, los Jueces Supremos incorporan de forma extraordinaria la causal de contravención de normas, y declaran procedente el recurso de casación, lo que significa será visto en el fondo, y por consecuencia lógico jurídica la Sala lo va a declarar fundado ordenando el reenvío al Juez Superior para que emita nuevo fallo.

Como se puede apreciar la Sala tuvo que revisar todo el proceso para determinar el error, pese a que en calificación solo deben revisar si el recurso cumple o no con los requisitos de forma y de fondo.

Texto de la resolución:

“Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

CAS. 232-09- LA LIBERTAD

Lima, veintiuno de abril de dos mil diez.-

VISTOS; con el acompañado y, **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por Ricardo Soriano Chávez, cumple los requisitos de forma previstos en el texto original del numeral 3.1, inciso 3) del artículo 32° de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo - aplicable en razón a temporalidad, concordante con el artículo 387° del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; **Segundo:** Que, respecto a los requisitos de fondo, el recurrente denuncia las siguientes causales: i) Interpretación errónea de la Resolución Directoral Regional 3339; ii) Contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Superior de Justicia de la Libertad, pronunciadas en casos similares; iii) Aplicación Indevida del artículo 236 de la Carta Magna; y iv) Inaplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional; **Tercero:** Absolviendo la causal prevista en el ítem i), esta no puede ser amparada, toda vez que, no se cumple con el requisito de fondo que exige el artículo 388 inciso 2) del

Código procesal Civil; Cuarto: La causal contenida en el ítem (ii), no puede ser amparada, toda vez que, el recurrente ha invocado una causal no prevista en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (Ley 27584); sino para los procesos laborales (Ley 26636) conforme se aprecia del artículo 56 de la precitada norma; Quinto: En cuanto a la causal contenida en el ítem iii), ha quedado establecido en anteriores pronunciamientos de esta Sala Suprema, que no procede en sede de casación, la denuncia de una norma constitucional, toda vez que, contienen preceptos genéricos, a no ser que exista incompatibilidad entre ésta y una norma legal ordinaria, situación que no se presenta en el caso de autos, razón por la cual, esta denuncia deviene en improcedente; Sexto: Respecto de la causal prevista en el ítem iv), es preciso señalar, que solo constituye doctrina jurisprudencial en materia contencioso administrativa, las decisiones adoptadas en casación por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, tal como lo prevé el texto original del artículo 34 de la Ley 27584, aplicable al presente caso por el principio de temporalidad; por tanto, al estar vinculada esta denuncia a una resolución emitida por órgano distinto, resulta ser improcedente; Sétimo: En situaciones excepcionales, esta Suprema Sala se ha visto en la necesidad de evaluar si las causas sometidas a su jurisdicción han sido tramitadas respetando reglas mínimas y esenciales de procedimiento, debido a que la observancia del debido proceso constituye un principio constitucional de la función jurisdiccional. En atención a dicha excepción, se tiene, que Sala de Vista ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 139° numeral 3) de la Constitución Política del Estado, incurriendo por ende en una contravención al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva; razón por la que, esta causal deviene procedente. Por estas consideraciones, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Ricardo Soriano Chávez, a fojas ciento setenta y seis, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número catorce de fojas ciento sesenta y tres del quince de setiembre de dos mil ocho; por la causal de: **contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso**; en los seguidos contra la Dirección Regional de Educación de la Libertad y otro, sobre Acción Contencioso Administrativa; **DISPUSIERON** remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa”.

Análisis:

En la presente calificación, el demandante ha denunciado las causales de

interpretación errónea, inaplicación, aplicación indebida y contradicción con otras resoluciones judiciales, las mismas que fueron desestimadas por la Sala Suprema.

Los Jueces Supremos incorporan de forma extraordinaria la causal de contravención de normas, y declaran procedente el Recurso de Casación, lo que significa será visto en el fondo, y por consecuencia lógica la Sala lo va a declarar fundado ordenando el reenvío al Juez Superior para que emita nuevo fallo.

En este caso, la Sala también tuvo que revisar todo el proceso para determinar el error, pues de la sola lectura del recurso no se puede detectar más aún si está mal planteado.

3. Resoluciones emitidas aplicando el artículo 392°-A del Código Procesal Civil incorporado por la Ley N° 29364.

Texto del auto de calificación:

“Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

CAS. 14357-2013- SAN MARTÍN

Lima, trece de diciembre de dos mil trece.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero: *El recurso de casación interpuesto por la demandada Gobierno Regional de San Martín, mediante escrito de fecha veintinueve de agosto de dos mil trece, de fojas doscientos setenta y nueve a doscientos ochenta y uno, cumple con los requisitos de forma contemplados en el texto del numeral 3.1) del inciso 3) del artículo 35° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, y los contenidos en el artículo 387° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, publicada en el Diario Oficial **El Peruano** el veintiocho de mayo de dos mil nueve, necesarios para su admisibilidad;*

Segundo: *Cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que debe cumplir todo recurso de casación, lo hace así porque este es un medio impugnatorio especialísimo, a través del cual, la Corte Suprema ejecuta su*

facultad casatoria en base a lo estrictamente denunciado como vicio o error en el recurso, y no actúa como una instancia final de fallo donde se analiza primero el proceso y luego el recurso; Tercero: Cabe destacar, que el recurso de casación es eminentemente formal y procede solo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 386° del Código Procesal Civil, esto es: i) La Infracción normativa y ii) El apartamiento inmotivado del precedente judicial; Cuarto: Asimismo, la entidad recurrente no debe haber consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando esta fuere confirmada por la resolución impugnada, debe describir con claridad y precisión en qué consiste la infracción normativa o el apartamiento inmotivado del precedente judicial que denuncia; así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión contenida en la resolución materia del recurso; además de señalar si su pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, conforme a lo previsto en los incisos 1), 2), 3) y 4) del artículo 388° del Código Acotado, modificado por la Ley N° 29364; Quinto: Conforme la demanda en fojas treinta y cinco, lo que solicita la demandante es la nulidad de la Resolución ficta que deniega la nivelación y homologación de la pensión, en consecuencia, se expida nueva resolución realizando los cálculos de los beneficios que le corresponde; Sexto: Respecto al requisito de procedencia previsto en el inciso 1) del artículo 388° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, se advierte que la entidad impugnante no consintió la resolución adversa de primera instancia, pues apeló mediante escrito de fecha cinco de octubre de dos mil doce, que corre a fojas doscientos seis; Sétimo: La demandada denuncia como causal de su recurso la Infracción normativa: i) Artículo 5° de la Ley N° 23495, ii) Artículo 4° de la Ley N° 28449, iii) Ley N° 28389, iv) Artículos 5° y 6° del Decreto Supremo N° 015-83-PCM, v) Artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vi) Inciso 5°) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, y vii) Inaplicación de la doctrina jurisprudencial: Expediente N° 050-04-AI/TC; Octavo: En cuanto a la causal denunciada, cabe anotar que la entidad recurrente no ha cumplido con describir con claridad y precisión la infracción normativa ni ha demostrado la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada, pues orienta sus argumentos a una revaluación de los medios probatorios, lo que no es posible en sede casatoria; razón por la que, esta causal debe desestimarse; Noveno: La Constitución Política del Estado de 1993 reconoce en el inciso 3) del artículo 139°, que son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva cabe precisar que no solo comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de

intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. CARRIÓN LUGO¹²⁴ en relación al debido proceso dice lo siguiente: **El debido proceso como un derecho, desde el punto de vista estático supone la presencia de dos condiciones: a) Los órganos judiciales encargados de conocer de los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por Jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas, y b) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, a la motivación, los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de las partes en todas las etapas del proceso. El debido proceso, como un derecho, desde el punto de vista dinámico supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias, sino también, de las normas, principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva; Décimo: El derecho al debido proceso también es reconocido y regulado en: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; para el Perú: Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959), que en su artículo 10° establece: **Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; para el Perú: aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978), que en su artículo 14° señala: **Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada******

¹²⁴ CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004, V. III, pp. 28-31.

contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; para el Perú: Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978), que en su artículo 8° establece: **Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter;** **Undécimo:** Conforme a lo expuesto, y a lo regulado en el artículo 392°-A del Código Procesal Civil incorporado por la Ley N° 29364, la Corte Suprema tiene la facultad de conceder excepcionalmente el recurso de casación, si considera que al concederlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículo 384° del citado Código Adjetivo; en tal sentido, en aplicación de dicha excepción, es necesario revisar en este caso concreto, si lo resuelto por la Sala Superior atenta contra uno de los fines del recurso de casación como lo es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley N° 23495, artículo 4° de la Ley N° 28449 y artículo 3° de la Ley N° 28389. Por estas consideraciones, en aplicación del artículo 392°-A del Código Procesal Civil incorporado por la Ley N° 29364, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por la demandada Gobierno Regional de San Martín de fecha veintinueve de agosto de dos mil trece, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número veinte de fecha catorce de junio dos mil trece a fojas doscientos sesenta y dos; por la siguiente causal: **Infracción normativa del artículo 5° de la Ley N° 23495, artículo 4° de la Ley N° 28449 y artículo 3° de la Ley N° 28389;** en los seguidos por Elizabeth Aguilar Paredes, sobre nivelación de pensión; **DISPUSIERON** en aplicación de la artículo 16° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa”.

Análisis:

En el presente proceso, sobre nivelación de pensiones la entidad demandada ha denunciado la causal de infracción normativa de varios

dispositivos legales, los mismos que fueron desestimados por la Sala Suprema.

Sin embargo, la Sala Suprema aplicando el citado artículo 392°-A del Código procesal Civil, declara procedente el recurso por la infracción de normas de derecho material, lo que significa que en el fondo se van a pronunciar en sede de instancia, declarando por lo general fundado el recurso.

Como vemos, los Magistrados en la etapa de calificación están revisando todo el proceso para determinar no solo si existen defectos de forma sino también de fondo, es decir, vienen aplicando la función Dikelógica.

Esto lo diferencia de la causal de contravención excepcional (ficción jurídica), donde solo admitían el recurso por defecto de forma.

Texto de la resolución:

“Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

CAS. 196-2011-PUNO

Lima, seis de diciembre del dos mil once.-

VISTOS; y, **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por los demandantes, Amelia Rosa Huanca Ñaura y otros, cumple los requisitos de forma previstos en el numeral 3.1, inciso 3) del artículo 35° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, concordante con el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por Ley 29364, para su admisibilidad;

Segundo: Que, cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, lo hace en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo, a través del cual, la Corte Suprema va a ejecutar su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncia como vicio o error en el recurso y no va a actuar como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso; **Tercero:** Que, en principio

cabe destacar que el recurso de casación procede sólo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364, esto es: i) La Infracción normativa y ii) El Apartamiento inmotivado del precedente judicial; **Cuarto:** Que, no obstante lo antes señalado, los recurrentes deben además, no haber consentido la resolución adversa de primera instancia, describir con claridad y precisión en qué consiste la infracción normativa o cuál es el precedente judicial del que se aparta; así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada e indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, tal como lo exigen los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; **Quinto:** Que, en el caso concreto de autos los recurrentes no han cumplido con señalar la causal o causales que sustenta el recurso de casación conforme lo dispone el artículo 386 ni con lo dispuesto en el artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; razón por la que, esta causal debe desestimarse; **Sexto:** Que, la Constitución Política del Estado de 1993 reconoce en su artículo 139 inciso 3), que son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva cabe precisar que no solo comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. CARRIÓN LUGO¹²⁵ en relación al debido proceso dice lo siguiente: El debido proceso como un derecho, desde el punto de vista estático supone la presencia de dos condiciones: a) Los órganos judiciales encargados de conocer de los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por Jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas, y b) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, a la motivación, los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de las partes en todas las etapas del proceso. El debido proceso, como un derecho, desde el punto de vista dinámico supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias, sino también, de las normas, principios y de las

¹²⁵ CARRIÓN LUGO, Jorge. **Tratado de Derecho Procesal Civil**, Editora Jurídica Grijley E I R L 2004, V. III, pp. 28-31.

garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva; **Sétimo:** Que, además el derecho al debido proceso también es reconocido y regulado en: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; para el Perú: Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959), que en su artículo 10 establece: **Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones.** En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; para el Perú: aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978), que en su artículo 14 señala: **Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.** Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; para el Perú: Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978), que en su artículo 8 establece: **Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter;** **Octavo:** Conforme a lo expuesto, así como de los argumentos de los impugnantes quienes sostienen: **Existen múltiples Ejecutorías Supremas, que han establecido que el decreto Supremo N° 051-91-PCM, no tiene rango ni fuerza de Ley, por lo que mal puede modificar la Ley del Profesorado y su Reglamento...el tribunal supremo considera pertinente la aplicación del Art. 48 de la Ley N° 24029...que establecen en forma indubitadamente, que el profesor tiene derecho a percibir una bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de su remuneración total y no de la remuneración total permanente establecida por el artículo 10 del Decreto Supremo Número 051-91-PCM;**

además, conforme lo dispone el artículo 392°-A del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley 29364, la Corte Suprema tiene la facultad de conceder excepcionalmente el recurso de casación, si considera que al concederlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículos 384 del citado Código Adjetivo; en tal sentido, en aplicación de dicha excepción, es necesario revisar en este caso concreto, si lo resuelto por la Sala Superior atenta contra uno de los fines del recurso de casación como lo es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 24029. Por estas consideraciones, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por los demandantes Amelia Rosa Huanca Ñaura y otros a fojas quinientos veinte, de fecha veintitrés de diciembre de dos mil diez, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número veintiuno a fojas cuatrocientos ochenta y tres del veinticinco de octubre de dos mil diez; por la siguiente causal: Infracción normativa del Artículo 48 de la Ley N° 24029; en los seguidos por el Gobierno Regional de Puno, sobre Impugnación de Resolución Administrativa; **DISPUSIERON** remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa”.

Análisis:

En el presente proceso, la demandante no ha denunciado la causal o causales que sustentan el recurso; sin embargo, la Sala Suprema aplicando el artículo 392°-A del Código procesal Civil, declara procedente el recurso mal planteado bajo la causal de infracción de normativa de una norma sustantiva, lo que significa que en el fondo se van a pronunciar en sede de instancia, declarando por lo general fundado el recurso.

Aplicando un criterio lógico, podemos establecer que los Magistrados en la etapa de calificación están revisando todo el proceso para determinar no solo si existen defectos de forma sino también de fondo, es decir, vienen aplicando la función Dikelógica.

Cabe anotar, que a partir de la vigencia de la Ley N° 29364, se dejó de aplicar la causal creada por ficción jurídica.

Texto de la resolución:

“Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

CAS. 1793-2011- AREQUIPA

Lima, veintinueve de marzo dos mil doce.

VISTOS; con el acompañado y, **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por la demandada, Seguro Social de Salud - Essalud, cumple los requisitos de forma previstos en el numeral 3.1, inciso 3) del artículo 32° de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, concordante con el artículo 387 del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; **Segundo:** Que, cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, lo hace en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo, a través del cual, la Corte Suprema va a ejecutar su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncia como vicio o error en el recurso y no va a actuar como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso; **Tercero:** Que, en principio cabe destacar que el recurso de casación procede sólo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364, esto es: i) La Infracción normativa y ii) El Apartamiento inmotivado del precedente judicial; **Cuarto:** Que, no obstante lo antes señalado, la entidad recurrente debe además, no haber consentido la resolución adversa de primera instancia, describir con claridad y precisión en qué consiste la infracción normativa o cuál es el precedente judicial del que se aparta; así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada e indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, tal como lo exigen los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; **Quinto:** Que, en el caso concreto de autos la recurrente no ha cumplido con señalar la causal o causales que sustenta el recurso de casación conforme lo dispone el artículo 386 ni con lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; razón por la que, esta causal debe desestimarse; **Sexto:** Que, la Constitución Política del Estado de 1993 reconoce en su artículo 139 inciso 3), que son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva cabe precisar que no solo

comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. CARRIÓN LUGO¹²⁶ en relación al debido proceso dice lo siguiente: El debido proceso como un derecho, **desde el punto de vista estático** supone la presencia de dos condiciones: a) Los órganos judiciales encargados de conocer de los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por Jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas, y b) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, a la motivación, los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de las partes en todas las etapas del proceso. El debido proceso, como un derecho, **desde el punto de vista dinámico** supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias, sino también, de las normas, principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva; **Sétimo:** Que, además el derecho al debido proceso también es reconocido y regulado en: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; para el Perú: Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959), que en su artículo 10 establece: **Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones.** En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; para el Perú: aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978), que en su artículo 14 señala: **Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus**

¹²⁶ CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004, V. III, pp. 28-31.

derechos u obligaciones de carácter civil. Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; para el Perú: Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978), que en su artículo 8 establece: **Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter;** **Octavo:** Conforme a lo expuesto, y a lo dispuesto en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley 29364, la Corte Suprema tiene la facultad de conceder excepcionalmente el recurso de casación, si considera que al concederlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículos 384 del citado Código Adjetivo; en tal sentido, en aplicación de dicha excepción, es necesario revisar en este caso concreto, si lo resuelto por la Sala Superior atenta contra uno de los fines del recurso de casación como lo es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley N° 27803, modificado por la Ley N° 28299. Por estas consideraciones, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por la demandada Seguro Social de Salud- Essalud a fojas mil noventa y seis de fecha veintiocho de diciembre de dos mil diez, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número cuarenta y seis a fojas mil sesenta y uno del veintiocho de octubre de dos mil diez; por la siguiente causal: **Infracción normativa del Artículo 12 de la Ley N° 27803, modificado por la Ley N° 28299;** en los seguidos por Miguel Gregorio Arias Pacheco, sobre Impugnación de Resolución Administrativa; **DISPUSIERON** remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa”.

Análisis:

En el presente proceso, la demandante no ha denunciado la causal o causales que sustentan el recurso; sin embargo, la Sala Suprema aplicando el artículo 392°-A del Código Procesal Civil, declara procedente el recurso mal planteado bajo la causal de infracción de normativa de una norma

sustantiva, lo que significa que en el fondo se van a pronunciar en sede de instancia, declarando fundado el recurso.

Los Magistrados al igual que en los casos ya citados, en la etapa de calificación están revisando todo el proceso para determinar no solo si existen defectos de forma sino también de fondo, es decir, por lo que, vienen aplicando la función Dikelógica.

Texto de la resolución:

“Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

CAS. 1959-2011-AREQUIPA

Lima, cuatro de abril del dos mil doce.

VISTOS; y, **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por la demandada, Unidad de Gestión Educativa Local Arequipa Norte, cumple los requisitos de forma previstos en el numeral 3.1, inciso 3) del artículo 35° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 - **Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo**, concordante con el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364 para su admisibilidad; **Segundo:** Que, cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, lo hace en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo, a través del cual, la Corte Suprema va a ejecutar su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncia como vicio o error en el recurso y no va a actuar como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso; **Tercero:** Que, en principio cabe destacar que el recurso de casación procede sólo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364, esto es: i) La Infracción normativa y ii) El Apartamiento inmotivado del precedente judicial; **Cuarto:** Que, no obstante lo antes señalado, la recurrente debe además, no haber consentido la resolución adversa de primera instancia, describir con claridad y precisión en qué consiste la infracción normativa o cuál es el precedente judicial del que se aparta; así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada e indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, tal como lo exigen los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; **Quinto:** Que,

en el caso concreto de autos la recurrente no ha cumplido con señalar la causal o causales que sustenta el recurso de casación conforme lo dispone el artículo 386, sin cumplir además con los requisitos de procedencia previstos en los incisos 2) y 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; razón por la que, esta causal debe desestimarse; **Sexto:** Que, la Constitución Política del Estado de 1993 reconoce en su artículo 139 inciso 3), que son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva cabe precisar que no solo comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. CARRIÓN LUGO¹²⁷ en relación al debido proceso dice lo siguiente: El debido proceso como un derecho, desde el punto de vista estático supone la presencia de dos condiciones: a) Los órganos judiciales encargados de conocer de los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por Jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas, y b) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, a la motivación, los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de las partes en todas las etapas del proceso. El debido proceso, como un derecho, desde el punto de vista dinámico supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias, sino también, de las normas, principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva; **Sétimo:** Que, además el derecho al debido proceso también es reconocido y regulado en: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; para el Perú: Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959), que en su artículo 10 establece: **Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones.** En el Pacto Internacional de

¹²⁷ CARRION LUGO, Jorge. **Tratado de Derecho Procesal Civil**, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004, V. III, PP. 28-31.

*Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; para el Perú: aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978), que en su artículo 14 señala: **Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.** Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; para el Perú: Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978), que en su artículo 8 establece: **Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter;***

Octavo: *Conforme a lo expuesto, y a lo dispuesto en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley 29364, la Corte Suprema tiene la facultad de conceder excepcionalmente el recurso de casación, si considera que al concederlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículo 384 del citado Código Adjetivo; en tal sentido, en aplicación de dicha excepción, es necesario revisar en este caso concreto, si lo resuelto por la Sala Superior atenta contra uno de los fines del recurso de casación como lo es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM. Por estas 3 consideraciones, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por la demandada Unidad de Gestión Educativa Local Arequipa Norte a fojas ciento veintinueve de fecha catorce de diciembre de dos mil diez, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número quince a fojas ciento diecisiete del veinticinco de octubre de dos mil diez; por la siguiente causal: Infracción normativa del Artículo 12 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM; en los seguidos por Wenceslao Huaranga Quispe, sobre Impugnación de Resolución Administrativa; **DISPUSIERON** remitir los presentes actuados al Ministerio Público*

para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa”.

Análisis:

En la presente calificación, la entidad demandada no ha denunciado la causal o causales que sustentan el recurso; sin embargo, la Sala Suprema aplicando el artículo 392°-A del Código Procesal Civil, declara procedente el recurso mal planteado bajo la causal de infracción de normativa de una norma sustantiva, lo que significa que en el fondo se van a pronunciar en sede de instancia, declarando fundado el recurso.

En este caso al igual que en los antes anotados, la única manera que tienen los Jueces para decidir qué se debe aplicar de forma excepcional una norma es revisando todo el proceso, porque resulta impensable que de solo la lectura de un recurso mal planteado, puedan determinar cuál es el defecto de fondo; por lo que, considero que se está aplicando la función Dikelógica.

Texto de la resolución:

“Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

CAS. 3292-2010-PIURA

Lima, trece de abril de dos mil once.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por el demandante, José Trinidad Mendoza Silva, cumple con los requisitos de forma previstos en el texto original del artículo 32 inciso 3, numeral 3.1 de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo; y, los referidos a la misma exigencia contenido en el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, publicado en el Diario Oficial **El Peruano** el veintiocho de mayo de dos mil nueve, para su admisibilidad; **Segundo:** Que, cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, lo hace en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo, a través del cual, la

Corte Suprema va a ejecutar su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncia como vicio o error en el recurso y no va a actuar como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso; **Tercero:** Que, en principio cabe destacar que el recurso de casación es eminentemente formal y procede sólo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364, esto es: i) La Infracción normativa y ii) El Apartamiento inmotivado del precedente judicial; **Cuarto:** Que, no obstante lo antes señalado, el recurrente debe además, describir con claridad y precisión en qué consiste la infracción normativa o cuál es el precedente judicial del que se aparta; así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada e indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, tal como lo exigen los incisos 2, 3 y 4 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; **Quinto:** Que, en el caso concreto de autos el recurrente no ha cumplido con señalar la causal o causales que sustenta el recurso de casación conforme lo dispone el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; razón por la que, la causal de casación denunciada resulta improcedente; **Sexto:** Que, la Constitución Política del Estado de 1993 reconoce en su artículo 139 inciso 3), que son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva cabe precisar que no solo comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. CARRIÓN LUGO¹ en relación al debido proceso dice lo siguiente: El debido proceso como un derecho, **desde el punto de vista estático** supone la presencia de dos condiciones: a) Los órganos judiciales encargados de conocer de los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por Jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas, y b) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, a la motivación, los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de las partes en todas las etapas del proceso. El debido proceso, como un derecho, **desde el punto de vista dinámico** supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias,

sino también, de las normas, principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva; **Sétimo:** Que, además el derecho al debido proceso también es reconocido y regulado en: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; para el Perú: Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959), que en su artículo 10 establece: ***Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones.*** En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; para el Perú: aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978), que en su artículo 14 señala: ***Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.*** Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; para el Perú: Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978), que en su artículo 8 establece: ***Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter;*** **Octavo:** Conforme a lo expuesto, así como de los argumentos del impugnante quien sostiene: ***que a partir de la dación de la Ley 23908, existen en forma independiente en la Legislación peruana, el monto de la pensión mínima y el monto de la pensión máxima, las mismas que se encuentran reguladas por sus leyes especiales. De tal modo que a partir de la vigencia de la Ley 23908, ya no se podía concebir en el ámbito nacional la inexistencia de un monto decoroso correspondiente a la pensión mínima, por cuanto ello se constituyó en un derecho fundamental;*** y además, conforme lo dispone el artículo 392-A del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley 29364, la Corte

*Suprema tiene la facultad de conceder excepcionalmente el recurso de casación, si considera que al concederlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículo 384 del citado Código Adjetivo; en tal sentido, en aplicación de dicha excepción, es necesario revisar en este caso concreto, si lo resuelto por la Sala Superior atenta contra uno de los fines del recurso de casación como lo es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 23908. Por estas consideraciones, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el demandante José Trinidad Mendoza Silva a fojas ciento ochenta y siete de fecha dos de junio de dos mil diez, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número veintiocho de fojas ciento ochenta del treinta de noviembre de dos mil nueve; por la siguiente causal: **Infracción normativa del Artículo 1 de la Ley 23908**; en los seguidos contra la Oficina de Normalización Previsional, sobre Impugnación de Resolución Administrativa; **DISPUSIERON** remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa”.*

Análisis:

En la presente calificación, sobre reajuste de pensión conforme a la Ley N° 23908, el demandante no ha cumplido con denunciar la causal o causales que sustentan el recurso; sin embargo, la Sala Suprema aplicando el artículo 392°-A del Código procesal Civil, declara procedente el recurso mal planteado bajo la causal de infracción de normativa de una norma sustantiva, lo que significa que en el fondo se van a pronunciar en sede de instancia, declarando fundado el recurso, pues resulta claro que la única forma que tienen los Jueces Supremos para determinar que existe la infracción normativa es revisando todo el proceso.

Como podemos advertir, la etapa de calificación viene siendo utilizada para analizar todo el proceso, y no como debiera ser, es decir, solo para verificar que el recurso cumpla con los requisitos de forma y fondo que prevén los artículos 387° y 388° del citado Código.

Texto de la resolución:

“Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

CAS. 3959-2010-LAMBAYEQUE

Lima, veintiséis de agosto del dos mil once.

VISTOS; con el acompañado y, **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por el demandante, Segundo Manuel Sánchez Cubas, cumple los requisitos de forma previstos en el numeral 3.1, inciso 3) del artículo 35° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, concordante con el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por Ley 29364, para su admisibilidad; **Segundo:** Que, cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, lo hace en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo, a través del cual, la Corte Suprema va a ejecutar su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncia como vicio o error en el recurso y no va a actuar como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso; **Tercero:** Que, en principio cabe destacar que el recurso de casación es eminentemente formal y procede sólo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364, esto es: i) La Infracción normativa y ii) El Apartamiento inmotivado del precedente judicial; **Cuarto:** Que, no obstante lo antes señalado, el recurrente debe además, no haber consentido la resolución adversa de primera instancia, describir con claridad y precisión en qué consiste la infracción normativa o cuál es el precedente judicial del que se aparta; así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada e indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, tal como lo exigen los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; **Quinto:** Que, en el caso concreto de autos el recurrente no ha cumplido con señalar la causal o causales que sustenta el recurso de casación conforme lo dispone el artículo 386 ni con lo dispuesto en el artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; razón por la que, esta causal debe desestimarse; **Sexto:** Que, la Constitución Política del Estado de 1993 reconoce en su artículo 139 inciso 3), que son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva cabe precisar que no solo comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de

intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. CARRIÓN LUGO¹²⁸ en relación al debido proceso dice lo siguiente: El debido proceso como un derecho, desde el punto de vista estático supone la presencia de dos condiciones: a) Los órganos judiciales encargados de conocer de los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por Jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas, y b) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, a la motivación, los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de las partes en todas las etapas del proceso. El debido proceso, como un derecho, desde el punto de vista dinámico supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias, sino también, de las normas, principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva; **Sétimo:** Que, además el derecho al debido proceso también es reconocido y regulado en: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; para el Perú: Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959), que en su artículo 10 establece: **Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones.** En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966; para el Perú: aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978), que en su artículo 14 señala: **Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.** Y en la

¹²⁸ CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004, V. III, pp. 28-31.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; para el Perú: Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978), que en su artículo 8 establece: **Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; Octavo:** Conforme a lo expuesto, así como de los argumentos del impugnante quien sostiene: **(ONP), así como cualquier otra entidad...se encuentran prohibidas de efectuar retenciones, descuentos, recortes u otras medidas similares...luego de transcurrido un (1) años contado a partir de su otorgamiento. Las únicas excepciones admisibles serán aquellas que se realicen por mandato judicial o con la autorización del pensionista. No acreditando la demandada que exista mandato judicial o autorización del demandante para efectuar tales descuentos o recortes; y además, conforme lo dispone el artículo 392-A del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley 29364, la Corte Suprema tiene la facultad de conceder excepcionalmente el recurso de casación, si considera que al concederlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículos 384 del citado Código Adjetivo; en tal sentido, en aplicación de dicha excepción, es necesario revisar en este caso concreto, si lo resuelto por la Sala Superior atenta contra uno de los fines del recurso de casación como lo es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, contraviniendo lo dispuesto en el artículo único de la Ley N° 28110. Por estas consideraciones, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el demandante Segundo Manuel Sánchez Cubas a fojas ciento ochenta y dos, de fecha cinco de julio de dos mil diez, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número veinticuatro a fojas ciento setenta y ocho del tres de junio de dos mil diez; por la siguiente causal: Infracción normativa del Artículo Único de la Ley N° 28110; en los seguidos contra la Oficina de Normalización Previsional, sobre Impugnación de Resolución Administrativa; **DISPUSIERON** remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa”.**

Análisis:

En la presente calificación, sobre recorte de beneficios en aplicación del artículo único de la Ley N° 28110, el demandante no ha cumplido con denunciar la causal o causales que sustentan el recurso; sin embargo, la Sala Suprema aplicando el artículo 392°-A del citado, declara procedente el recurso mal planteado bajo la causal de infracción de normativa de una norma sustantiva, lo que significa que en el fondo se van a pronunciar en sede de instancia, declarando fundado el recurso, pues resulta claro que la única forma que tienen los Jueces Supremos para determinar que existe la infracción normativa es revisando todo el proceso.

Al igual que en el caso anterior la Sala Suprema analiza todo el proceso, y no se limita a verificar que el recurso cumpla con los requisitos de forma y fondo que prevén los artículos 387° y 388° del citado Código.

Lo anterior me permite establecer que en determinados casos la Corte Suprema viene utilizando la función Dikelógica.

Texto de la resolución:

“Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

CAS. 9295-2009-PIURA

Lima, tres de diciembre de dos mil diez.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero: *Que, el recurso de casación interpuesto por el demandante Juan Pablo Nieves Atoche, cumple con los requisitos de forma previstos en el texto original del artículo 32 inciso 3, numeral 3.1 de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo; y, los referidos a la misma exigencia contenido en el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, publicado en el Diario Oficial **El Peruano** el veintiocho de mayo de dos mil nueve, para su admisibilidad; **Segundo:** *Que, cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, lo hace en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo, a través del cual, la**

Corte Suprema va a ejecutar su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncia como vicio o error en el recurso y no va a actuar como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso; **Tercero:** Que, en principio cabe destacar que el recurso de casación es eminentemente formal y procede sólo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364, esto es: i) La Infracción normativa y ii) El Apartamiento inmotivado del precedente judicial; **Cuarto:** Que, no obstante lo antes señalado, el recurrente debe además, describir con claridad y precisión en qué consiste la infracción normativa o cuál es el precedente judicial del que se aparta; así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada e indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, tal como lo exigen los incisos 2, 3 y 4 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; **Quinto:** Que, en el caso concreto de autos el recurrente no ha cumplido con señalar la causal o causales que sustenta el recurso de casación conforme lo dispone el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; razón por la que, la causal de casación denunciada resulta improcedente; **Sexto:** Que, la Constitución Política del Estado de 1993 reconoce en su artículo 139 inciso 3), que son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva cabe precisar que no solo comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. CARRION LUGO en relación al debido proceso dice lo siguiente: El debido proceso como un derecho, **desde el punto de vista estático** supone la presencia de dos condiciones: a) Los órganos judiciales encargados de conocer de los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por Jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas, y b) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, a la motivación, los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de las partes en todas las etapas del proceso. El debido proceso, como un derecho, **desde el punto de vista dinámico** supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias,

sino también, de las normas, principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva; **Sétimo:** Que, además el derecho al debido proceso también es reconocido y regulado en: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; para el Perú: Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959), que en su artículo 10 establece: **Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones.** En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; para el Perú: aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978), que en su artículo 14 señala: **Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.** Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; para el Perú: Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978), que en su artículo 8° establece: **Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter;** **Octavo:** Conforme a lo expuesto, así como de los argumentos del impugnante quien sostiene: **En el año 2001 se promulgó el DU 105-2001, mediante el cual se establece un incremento del monto de la remuneración básica estableciéndose el nuevo monto en S/. 50.00 Nuevos Soles (éste incremento se me viene pagando en su totalidad), por lo que, en cumplimiento de la normatividad vigente debió proceder al cálculo y pago de la Bonificación Personal de acuerdo al nuevo monto establecido para la remuneración básica y conforme establece la ley del profesorado para su cálculo y pago y; no como se viene pagando por concepto de bonificación**

*personal la suma ínfima que no asciende ni a S/. 0.10 céntimos de sol; y además, conforme lo dispone el artículo 392-A del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley 29364, la Corte Suprema tiene la facultad de conceder excepcionalmente el recurso de casación, si considera que al concederlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículos 384 del citado Código Adjetivo; en tal sentido, en aplicación de dicha excepción, es necesario revisar en este caso concreto, si lo resuelto por la Sala Superior atenta contra uno de los fines del recurso de casación como lo es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, contraviniendo lo dispuesto en el Decreto de Urgencia 105-2001. Por estas consideraciones, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el demandante Juan Pablo Nieves Atoche a fojas cien de fecha veintinueve de setiembre de dos mil nueve, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número doce de fojas noventa y seis del treinta y uno de agosto de dos mil nueve; por la siguiente causal: **Infracción normativa del Decreto de Urgencia N° 105-2001**; en los seguidos contra la Dirección Regional de Educación de Piura y otros, sobre Impugnación de Resolución Administrativa; **DISPUSIERON** remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa”.*

Análisis:

En la presente calificación, sobre otorgamiento de la bonificación prevista en el Decreto de Urgencia N° 105-2001, el demandante no ha cumplido con denunciar la causal o causales que sustentan el recurso; sin embargo, la Sala Suprema aplicando el artículo 392°-A del Código Procesal Civil, declara procedente el recurso mal planteado bajo la causal de infracción de normativa de una norma sustantiva, lo que significa que en el fondo se van a pronunciar en sede de instancia, declarando fundado el recurso, pues resulta claro que la única forma que tienen los Jueces Supremos para determinar que existe la infracción normativa es revisando todo el proceso.

Lo que también demuestran estas resoluciones, es el desconocimiento que todavía tienen la mayoría de abogados patrocinantes, pues no saben fundamentar adecuadamente las causales que denuncian en el Recurso de Casación.

Texto de la resolución:

“CAS. 5537-2012-LIMA

Lima, diecisiete de julio de dos mil trece.-

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:**

VISTA; la causa número cinco mil quinientos treinta y siete guión dos mil doce guión LIMA, en audiencia pública de la fecha; de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo; y, producida la votación con arreglo a Ley, se ha emitido la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la parte demandante Gelacio Camargo Tello, mediante escrito de fecha veintiséis de octubre de dos mil once que corre de fojas cuatrocientos cuarenta y seis a cuatrocientos cincuenta y cinco, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número nueve de fecha doce de setiembre de dos mil once que obra de fojas cuatrocientos siete a cuatrocientos diez, que revocó la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda y reformándola la declaró infundada; en los seguidos por Gelacio Camargo Tello contra la entidad demandada Ministerio de Salud, sobre Pago de Bonificación Especial - Decreto de Urgencia N° 037-94.-

CAUSAL DEL RECURSO:

*Por resolución de fecha diez de octubre de dos mil doce, que corre de fojas veinticinco a veintiocho del cuaderno de casación, se declaró procedente el recurso de casación interpuesto por la demandante, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley N° 29364; por la causal de: **Infracción normativa del artículo 2° del Decreto de Urgencia N° 037-94**, correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo sobre dicha causal.*

CONSIDERANDO:

Primero - Que, la infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma las causales que anteriormente contemplaba el Código Procesal Civil en su artículo 386°,

relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, incluyendo además otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo; **Segundo** - Que, en el caso concreto de autos, la infracción normativa consiste en la vulneración del artículo 2° del Decreto de Urgencia N° 037-94 que señala expresamente: **Artículo 2 - Otórgase, a partir del 1 de julio de 1994, una Bonificación Especial a los servidores de la administración pública ubicados en los niveles F-2, F-1, Profesionales, Técnicos y Auxiliares, así como al personal comprendido en la Escala N° 11 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM que desempeñan cargos directivos o jefaturales; de conformidad a los montos señalados en el anexo que forma parte del presente Decreto de Urgencia;** **Tercero** - Que, conforme se aprecia del escrito de subsanación de la demanda, que corre a fojas ciento cincuenta y seis, el recurrente solicita se declare la nulidad de la Resolución Viceministerial N° 466-2003-SA-OGGRH, de fecha veintisiete de noviembre de dos mil tres, que declara infundado el recurso de apelación presentado por el demandante, y la Resolución Directoral N° 933-2003-OG.RR.HH./SA, de fecha veintiuno de agosto de dos mil tres; en consecuencia, se ordene nivelar y reintegrar la Bonificación Especial prevista en el Decreto de Urgencia N° 037-94 con retroactividad al uno de julio de mil novecientos noventa y cuatro, deduciendo lo pagado por la incorrecta aplicación del Decreto Supremo N° 019-94-PCM; **Cuarto** - Que, como se aprecia de la boleta de pago que corre a fojas doscientos veintidós, y el Informe Situacional Actual, emitido por la Oficina General de Gestión de Recursos Humanos del Ministerio de Salud, que corre a fojas trescientos cuatro, el recurrente es cesante del Decreto Ley N° 20530, el cual ostentó el cargo de Técnico Administrativo II, Nivel STA, que conforme a las escalas establecidas por el Decreto Supremo N° 051-91-PCM, el mismo se encuentra comprendido en la Escala N° 8; **Quinto** - Que, la desestimación de la demanda por la Sala Superior se sustenta básicamente en señalar que el actor ostenta el cargo de Técnico Administrativo Nivel STA, por lo que se encuentra ubicado en la Escala N° 8 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM. Asimismo, agrega que si bien existen diversos fallos del Tribunal Constitucional en los cuales se establece que corresponde el pago de la Bonificación Especial prevista por el Decreto de Urgencia N° 037-94 a los trabajadores del Sector Salud que se encuentren en las Escalas 8 ó 9, también es cierto que dicho criterio no se puede aplicar porque significaría la inaplicación del fundamento 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2616-2004-AC/TC, el cual constituye precedente vinculante, el mismo que

establece que los servidores del Sector Salud se encuentran excluidos de la bonificación especial otorgada por el citado decreto de urgencia, sin que para tal efecto resulte relevante que se encuentren en las Escalas 8 ó 9, pues los mismos se encuentran escalafonados y pertenecen a una escala distinta, como lo es la Escala N° 10; **Sexto** - Que, respecto a la aplicación del Decreto de Urgencia N° 037-94, esta Sala Suprema ha establecido que corresponde el otorgamiento de la bonificación especial a los servidores públicos, que se encuentren en los niveles remunerativos F-1 y F-2 comprendidos en la escala N° 1, al grupo ocupacional de los profesionales comprendidos en la escala N° 7, al grupo ocupacional de los técnicos comprendidos en la escala N° 8, al grupo ocupacional de los auxiliares comprendidos en la escala N° 9 y a los que desempeñen cargos directivos o jefaturales del nivel F-3 a F-8 en la escala N° 11; **Sétimo** - Que, dicha bonificación no se debe otorgar a los servidores públicos del Sector Salud, que se encuentran escalafonados y pertenezcan a una escala distinta como es la Escala N° 10; criterio que prevé el Tribunal Constitucional conforme se aprecia de la sentencia recaída en el Expediente N° 2616-2004-AC/TC de fecha doce de setiembre de dos mil cinco, fundamentos doce y trece que señalan: **12. Del análisis de las normas mencionadas se desprende que la bonificación del Decreto de Urgencia N.º 037-94 corresponde que se otorgue a los servidores públicos ubicados en los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares, distintos del Sector Salud, en razón de que los servidores administrativos de dicho sector se encuentran escalafonados y pertenecen a una escala distinta, como es la Escala N.º 10. Cabe señalar que a los servidores administrativos del sector Salud, desde el inicio del proceso de aplicación del Sistema Único de Remuneraciones, Bonificaciones y Pensiones de los Servidores del Estado, se les estableció una escala diferenciada. 13. En el caso de los servidores administrativos del sector Educación, así como de otros sectores que no sean del sector Salud, que se encuentren en los grupos ocupacionales de técnicos y auxiliares de la Escala N.ºs 8 y 9 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, por no pertenecer a una escala diferenciada, les corresponde que se les otorgue la bonificación especial del Decreto de Urgencia N.º 037-94; Octavo** - Que, esta Sala Suprema en reiterada y uniforme jurisprudencia como la recaída en la Casación N° 7864-2008 CUSCO y Casación N° 838-09 HUANCVELICA, ha establecido que los técnicos y auxiliares del Sector Salud que no se encuentren escalafonados, les corresponde percibir la Bonificación Especial que regula el Decreto de Urgencia N° 037-94; **Noveno** - Que, el criterio antes anotado, también es aplicado por el

Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 2288-07-PC/TC de fecha veintisiete de noviembre de dos mil siete en los fundamentos ocho y nueve, en los cuales ha establecido lo siguiente: **8. En tal sentido, de los fundamentos transcritos puede deducirse que el precedente consistente en que a los servidores administrativos del Sector Salud de los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares no les corresponde percibir la bonificación especial otorgada por el Decreto de Urgencia N.º 037-94, se aplica siempre y cuando se encuentren en la Escala N° 10. Pues en caso de que los servidores administrativos del Sector Salud ubicados en los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares no se encuentren en la Escala N.º 10 les corresponde percibir la bonificación especial otorgada por el Decreto de Urgencia N.º 037-94 (el subrayado es nuestro).** **9. En el presente caso, con la relación elaborada por la Dirección de Salud Apurímac II, obrante a fojas 2 y 3 del acompañado al cuadernillo de este Tribunal, se acredita que los asociados de la Asociación demandante y beneficiarios de la Resolución Directoral N° 340-00-DGSRCHA/OP no se encuentran comprendidos en la Escala N.º 10; consecuentemente, se encuentran entre los servidores comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto de Urgencia N.º 037-94, y, por ello, procede que se les otorgue dicha bonificación con la deducción de los montos que se le hayan otorgado en virtud del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM; en consecuencia, a los auxiliares y técnicos del Sector Salud que no se encuentren escalafonados, les corresponde percibir la Bonificación Especial prevista en el Decreto de Urgencia N° 037-94, motivo por el cual advirtiéndose que la sentencia de vista ha incurrido en infracción normativa del artículo 2º del Decreto de Urgencia N° 037-94, razón por la cual debe declararse fundado el presente recurso de casación. **FALLO:** Por estas consideraciones, y de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el recurrente, Gelacio Camargo Tello, mediante escrito de fecha veintiséis de octubre de dos mil once, que corre de fojas cuatrocientos cuarenta y seis a cuatrocientos cincuenta y cinco; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista contenida en la resolución número nueve de fecha doce de setiembre de dos mil once, que corre de fojas cuatrocientos siete a cuatrocientos diez, que revocó la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda; y, actuando en sede de instancia **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fecha veinticuatro de agosto de dos mil nueve que obra de fojas trescientos cuarenta a trescientos cuarenta y cinco, que declaró fundada la demanda; en consecuencia **ORDENARON** que la entidad**

*demandada emita nueva resolución otorgando la Bonificación Especial regulada por el Decreto de Urgencia N° 037-94, deduciéndose lo pagado por aplicación del Decreto Supremo N° 019-94-PCM, sin costas ni costos; y, **DISPUSIERON** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial **El Peruano** conforme a Ley; en los seguidos por la parte demandante Gelacio Camargo Tello contra la entidad demandada Ministerio de Salud, sobre Pago de Bonificación Especial prevista en el Decreto de Urgencia N° 037-94”.*

Análisis:

En la presente sentencia, sobre reajuste de pensión conforme al Decreto de Urgencia N° 037-94, podemos apreciar claramente que esta fue declarada procedente por infracción de una norma sustantiva en aplicación del artículo 392°-A del Código Adjetivo ya citado. Lo que permitió que la Sala Suprema declare fundada la demanda interpuesta por el actor, pese a que su abogado planteó mal el Recurso de Casación.

Definitivamente, el hecho de que la Corte de Casación rebase sus funciones en cuanto solo le corresponde analizar en calificación si el recurso cumple los requisitos de forma y fondo, y no analizar todo el proceso para determinar si la pretensión debe ser amparada, genera un doble conflicto primero que rompe con la regla general que señala que en casación no se revisan los hechos y pruebas actuados en el proceso, y por otro lado, genera una excesiva carga procesal.

Texto de la resolución:

“Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

CAS. 6097-2011-LIMA

Lima, veinticuatro de setiembre de dos mil doce.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por el demandante, Feliciano Almeida Peña, cumple los requisitos de forma previstos en el numeral 3.1, inciso 3) del artículo 32° de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso

Administrativo, concordante con el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364 para su admisibilidad; **Segundo:** En cuanto al requisito de procedencia previsto en el inciso 1 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por Ley 29364, se debe advertir que al recurrente no le fue adversa la resolución de primera instancia; **Tercero:** En cuanto a los requisitos de procedencia previstos en los incisos 2 y 3 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por Ley 29364, en el recurso materia de calificación se denuncia: a) Infracción normativa: i) Ley N° 25224 que modifica el inciso c) del artículo 54 del Decreto Legislativo N° 276; y b) Apartamiento inmotivado del precedente judicial: i) Casación N° 581-04; **Cuarto:** Que, a fojas veintinueve el demandante solicita Nulidad de la Resolución Administrativa de la Gerencia General del Poder Judicial N° 634-06-GG-PJ y de la Resolución de la Gerencia de Personal y Escalafón Judicial N° 1582-2006-CPEJ-GGPJ, en consecuencia se ordene que la compensación por tiempo de servicios sea liquidada y pagada conforme al máximo nivel remunerativo que ha alcanzado como Juez Supremo, más el pago de costas y costos del proceso; **Quinto:** En cuanto al acápite a), cabe anotar que el recurrente no ha cumplido con describir con claridad y precisión la infracción normativa ni ha demostrado la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada; razón por la que esta causal debe desestimarse; **Sexto:** Respecto a la causal contenida en el acápite b), cabe indicar que la sentencia invocada por el recurrente no constituye precedente vinculante, pues no se ha fijado en la resolución doctrina jurisprudencial en materia contencioso administrativa, conforme lo señala el artículo 34 de la Ley N° 27584, norma aplicable por el principio de temporalidad, ya que la demanda fue interpuesta el quince de marzo de dos mil siete, es decir antes de que el Decreto Legislativo N° 1067, publicado el 28 junio 2008, modifique la Ley antes anotada; razón por la que esta causal deviene en improcedente; **Sétimo:** Que, la Constitución Política del Estado de 1993 reconoce en su artículo 139 inciso 3), que son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva cabe precisar que no solo comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. CARRIÓN LUGO¹²⁹ en relación al debido proceso dice lo siguiente: El debido proceso como un derecho, desde el punto de vista estático supone la presencia de dos condiciones: a) Los órganos judiciales encargados de conocer de

¹²⁹ CARRIÓN LUGO, Jorge. **Tratado de Derecho Procesal Civil**, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004, V. III, pp. 28-31.

los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por Jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas, y b) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, a la motivación, los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de las partes en todas las etapas del proceso. El debido proceso, como un derecho, desde el punto de vista dinámico supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias, sino también, de las normas, principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva; **Octavo:** Que, además el derecho al debido proceso también es reconocido y regulado en: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; para el Perú: Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959), que en su artículo 10 establece: **Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones.** En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; para el Perú: aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978), que en su artículo 14 señala: **Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.** Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; para el Perú: Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978), que en su artículo 8 establece: **Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad**

*por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; **Noveno:** Conforme a lo expuesto, y a lo dispuesto en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley 29364, la Corte Suprema tiene la facultad de conceder excepcionalmente el recurso de casación, si considera que al concederlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículos 384 del citado Código Adjetivo; en tal sentido, en aplicación de dicha excepción, es necesario revisar en este caso concreto, si lo resuelto por la Sala Superior atenta contra uno de los fines del recurso de casación como lo es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 194 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por estas consideraciones, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el demandante, Feliciano Almeida Peña a fojas ciento cuarenta y nueve de fecha veintidós de julio de dos mil once, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número seis de fecha doce de mayo de dos mil once a fojas ciento cuarenta; por la siguiente causal: Infracción normativa: Artículo 194 del Texto Único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; en los seguidos contra el Poder Judicial, sobre Impugnación de Resolución Administrativa; **DISPUSIERON** en aplicación del artículo 14 de la Ley N° 27584 remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa”.*

Análisis:

En la presente proceso, sobre compensación de servicios con el mayor nivel remunerativo alcanzado, podemos apreciar que el demandante si bien es cierto cumplió con precisar cuáles fueron las infracciones normativa, no cumplió con sustentar adecuadamente las mismas, por lo que el Corte de Casación declaró improcedente las causales denunciadas.

Sin embargo, los Jueces Supremos en la etapa de calificación después de analizar el proceso consideran que se debe declarar procedente el recurso por una norma sustantiva distinta a la invocada por el actor, con lo que se advierte, que están aplicando la función Dikelógica.

Cabe anotar que es imposible que los Magistrados encuentren un error de fondo con solo revisar un recurso de casación mal fundamentado.

Texto de la resolución:

“Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

CAS. 11387-2013-LIMA

Lima, treinta de octubre de dos mil trece.-

VISTOS; con el acompañado y, **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por el demandante, Limbert León Cruz Morales, cumple los requisitos de forma previstos en el numeral 3.1, inciso 3) del artículo 35° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 - **Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo**, concordante con el artículo 387 del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; **Segundo:** Que, cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, lo hace en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo, a través del cual, la Corte Suprema va a ejecutar su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncia como vicio o error en el recurso y no va a actuar como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso; **Tercero:** Que, en principio cabe destacar que el recurso de casación procede sólo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, esto es: i) La Infracción normativa y ii) El Apartamiento inmotivado del precedente judicial; **Cuarto:** Que, no obstante lo antes señalado, el recurrente debe además, no haber consentido la resolución adversa de primera instancia, describir con claridad y precisión en qué consiste la infracción normativa o cuál es el precedente judicial del que se aparta; así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada e indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, tal como lo exigen los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364; **Quinto:** Que, en el caso concreto de autos el actor no ha cumplido con señalar la causal o causales que sustenta el recurso de casación conforme lo dispone el artículo 386 ni con lo dispuesto en el artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364; razón por la que, esta

causal debe desestimarse; **Sexto:** Que, la Constitución Política del Estado de 1993 reconoce en su artículo 139 inciso 3), que son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva cabe precisar que no solo comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. CARRIÓN LUGO¹³⁰ en relación al debido proceso dice lo siguiente: El debido proceso como un derecho, desde el punto de vista estático supone la presencia de dos condiciones: a) Los órganos judiciales encargados de conocer de los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por Jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas, y b) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, a la motivación, los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de las partes en todas las etapas del proceso. El debido proceso, como un derecho, desde el punto de vista dinámico supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias, sino también, de las normas, principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva; **Sétimo:** Que, además el derecho al debido proceso también es reconocido y regulado en: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; para el Perú: Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959), que en su artículo 10 establece: **Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones.** En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; para el Perú: aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978), que en su artículo 14 señala: **Todas las personas son iguales ante los**

¹³⁰ CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004, V. III, pp. 28-31.

tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; para el Perú: Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978), que en su artículo 8 establece: **Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter;** **Octavo:** Conforme a lo expuesto, y a lo dispuesto en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley N° 29364, la Corte Suprema tiene la facultad de conceder excepcionalmente el recurso de casación, si considera que al concederlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículos 384 del citado Código Adjetivo; en tal sentido, en aplicación de dicha excepción, es necesario revisar en este caso concreto, si lo resuelto por la Sala Superior atenta contra uno de los fines del recurso de casación como lo es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Supremo N° 099-02-EF y artículo 4 del Decreto Ley N° 19990. Por estas consideraciones, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el demandante Limbert León Cruz Morlaes a fojas ciento treinta y cuatro de fecha cinco de junio de dos mil trece, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número ocho a fojas ciento veintiocho del siete de mayo de dos mil trece; por la siguiente causal: Infracción normativa del artículo 2 del Decreto Supremo N° 099-02-EF y del artículo 4 del Decreto Ley N° 19990; en los seguidos contra la Oficina de Normalización Previsional, sobre recalcule de la pensión de jubilación; **DISPUSIERON** en aplicación de la artículo 16 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa”.

Análisis:

En el presente proceso, sobre compensación de servicios con el mayor nivel remunerativo alcanzado, podemos apreciar que el demandante si bien es cierto cumplió con precisar cuáles fueron las infracciones normativa, no cumplió con sustentar adecuadamente las mismas, por lo que el Corte de Casación declaró improcedente las causales denunciadas.

Los Jueces Supremos en la etapa de calificación después de analizar el proceso consideran que se debe declarar procedente el recurso por una norma sustantiva distinta a la invocada por el actor, con lo que se advierte que están aplicando la función Dikelógica.

Cabe anotar que es imposible que los Magistrados encuentren un error de fondo con solo revisar un recurso de casación mal fundamentado.

Del análisis de todas las resoluciones judiciales antes citadas, se puede concluir que los Magistrados en la etapa de calificación, han utilizado inicialmente la causal de contravención excepcional (ficción jurídica), y ahora el artículo 392°-A del citado cuerpo normativo, para declarar procedente el Recurso de Casación, por infracción de normas procesales y sustantivas, revisando para esto todo el proceso, pues, como se manifestó líneas arriba es poco probable que de solo la lectura de un recurso mal fundamentado, se pueda determinar el error; por lo que, considero que los Jueces Supremos vienen aplicando la función Dikelógica.

CAPÍTULO X

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Conclusiones

1. El recurso de casación se define como aquel medio impugnatorio a través del cual se busca obtener la anulación de la sentencia impugnada, u obtener una nueva decisión sobre el tema materia de controversia. Se constituye en un mecanismo para defender la ley frente a las resoluciones judiciales que la transgredan, manteniendo de ese modo la exacta observancia de las leyes.
2. El recurso de casación implica un nuevo examen de la controversia objeto de la decisión del juez de apelación, pero no con una jurisdicción plena, acerca del examen y del juicio sobre el hecho y sobre el derecho, como puede ser la del órgano de segundo grado, sino con jurisdicción limitada sólo a las cuestiones de derecho.
3. El recurso de casación a diferencia de los demás recursos, tiene fines trascendentes, relacionados al destino natural del proceso (Nomofiláctico, Control de logicidad de las resoluciones, etc.) sino extraprocesales: función pedagógica y la uniformización de la jurisprudencia nacional (principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales).
4. El recurso de casación, es un medio de impugnación extraordinario, pues, tiene rasgos propios a partir de sus fines, que son absolutamente distintos a cualquier otro medio impugnatorio; además, también por el hecho de que no se otorga en tanto no se hayan agotado los recursos ordinarios para impugnar la sentencia, y debido

a su regulación restrictiva.

5. El carácter extraordinario del recurso de casación en cuanto a su finalidad, la cual es resguardar la adecuada aplicación de la ley y uniformizar la jurisprudencia también determina su carácter público. Hay un interés público abstracto y general, representado por la garantía al debido proceso, que al Estado le interesa defender más allá del interés privado, este interés viene a ser la pretensión de los litigantes partes dentro del proceso.
6. El recurso de casación también se caracteriza por ser limitado, por dos motivos; la primera porque procede solo contra ciertas resoluciones judiciales y la segunda, porque solo se pueden denunciar las causales o motivos establecidos en la ley.
7. El carácter limitado del recurso impide que se pueda aplicar por analogía; es decir, no procede la casación por causal no regulada en la ley. Además, existe otro fundamento también aplicable y es que, por principio general del derecho, no se puede aplicar por analogía la ley que restringe derechos o establece excepciones.
8. El recurso de casación, en su esencia, no tiene como propósito valorar los medios probatorios para dirimir la controversia, eso es lo que lo diferencia del recurso de apelación.
9. En casación no se controla la interpretación de la voluntad de las personas, esto excluye los términos de un contrato. Resulta claro que los fines de la casación no se compatibilizan con los pactos privados y que tampoco pueden dar lugar a la ejemplificación.
10. El T.U.O de la Ley N° 27584, determina que es de competencia exclusiva de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema el conocimiento del Recurso de Casación.

11. La Ley Contenciosa Administrativa establece que procede el Recurso de Casación siempre que la cuantía del acto impugnado sea superior a 140 Unidades de Referencia Procesal (URP), sin embargo, admite además la posibilidad de interponer recurso de casación cuando la pretensión no sea cuantificable.
12. El proceso Contencioso Administrativo ha establecido en el trámite del Proceso Urgente, que no procede el Recurso de Casación cuando las resoluciones de segunda instancia confirmen las de primera; es decir, recoge la figura del *doble y conforme*.
13. Asimismo, la Ley Contenciosa Administrativa señala que solo procede el Recurso Extraordinario contra las sentencias y autos expedidos en revisión que ponen fin al proceso.
14. No es posible implementar el certiorari del Derecho Norteamericano en nuestro sistema jurídico, pues existen notables diferencias, como por ejemplo: las decisiones de la Corte casatoria necesariamente deben estar motivadas, pues, así lo contempla nuestra Carta Magna, a diferencia de lo que ocurre con el certiorari, que no requiere fundamentación alguna.
15. La redacción del artículo 392-A° del Código Procesal Civil, no es clara, y genera confusión entre los abogados y magistrados, pues otorga facultades a la Corte Suprema para admitir recursos de casación que no cumplen con los requisitos de procedencia, lo que algunos juristas han denominado *certiorari cholo*.
16. El desconocimiento de un gran número de abogados, sobre las características y fines del recurso de casación los lleva a utilizarlo como instrumento para dilatar indebidamente los procesos.

17. La función Dikelógica tiene como fin la justicia en el caso concreto, procura proteger al litigante; tal como lo prevé el Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, la finalidad abstracta de todo proceso es lograr la paz social en justicia; en tal sentido, con igual razón, se puede sostener que el recurso de casación tiene el mismo fin.
18. La “función Justiciera” tiene como objetivo la justicia en el caso concreto, esto es, la valoración de los hechos y pruebas aportados al proceso, un sector doctrinario la viene difundiendo e impulsando en materia casatoria, la misma encuentra su apoyo en la teoría del absurdo.
19. La corriente doctrinaria que promueve la aplicación de la función Dikelógica, señala que el efecto del absurdo debe ser, inaceptable, intolerable, inadmisiblemente racionalmente y de trascendencia en la decisión emitida por el órgano judicial, en estos casos la Sala de Casación deberá demostrar técnicamente al calificar una resolución si esta contiene o no un vicio derivado del absurdo vinculado a los hechos y a los medios probatorios.
20. La apreciación o valoración de la prueba, es el procedimiento a través del cual el magistrado califica cada medio probatorio, explicando en su sentencia cual le generó mayor grado de convicción al momento de resolver el tema materia de controversia, en este caso, no está obligado a explicar por qué una prueba le generó mayor certeza que la otra.
21. Para un sector de la doctrina nacional y extranjera, existe una crisis de identidad de la Corte de Casación, y deriva del hecho que ella estaría oscilando entre dos modelos diversos y contradictorios; el primero denominado de “*tercera instancia*”, donde la Corte de Casación es considerada el tercer grado o instancia dentro del

sistema de las impugnaciones; y el otro, denominado de “*Corte Suprema*”, donde la Corte se encuentra en el vértice de la jurisdicción como último garante de la legalidad.

22. No se puede afirmar de forma absoluta que la Corte de Casación solo conoce de cuestiones de derecho, pues la función jurisdiccional consiste siempre en la aplicación de la ley a un hecho concreto; por lo que, en toda jurisdicción el juez conoce de hechos y de derecho, con las limitaciones propias de cada Tribunal.
23. El postulado que señala que la Corte de Casación no es juez de los hechos, no tiene, ni ha tenido carácter absoluto, porque es una realidad comprobada que la Corte conoce y toma contacto, con los hechos; existe pues, un campo de control casacional en el que el enjuiciamiento de los hechos no sólo es necesario sino natural, e incluso consustancial a la propia tarea de control, sin que peligre la finalidad uniformadora; sin embargo, tampoco se puede negar que el control fáctico a veces es llevado más allá de los límites, aproximando a los Jueces Supremos a las tareas propias de un juez de instancia.
24. Podemos concluir, que la decisión es absurda cuando la valoración hecha por el juez quebranta los parámetros de logicidad, puede ocurrir que aplicando las reglas o máximas de experiencia llegue a conclusiones irracionales o insostenibles.
25. El control casatorio sobre los hechos y la valoración de los medios probatorios, solo debe permitirse cuando se advierta en las instancias de mérito conclusiones absurdas, y por tanto arbitrarias que hayan conducido a la infracción de la norma material, esto es, cuando los errores conducen a una equivocada subsunción. Debe existir una manifiesta arbitrariedad por afectación de la actividad probatoria para que la Corte Suprema se sienta legitimada a conocer los hechos que

sustentan las sentencias arbitrarias, por constituir una violación del debido proceso.

26. La tendencia Iberoamericana parece imponer, en ciertos casos extremos en que existe un absurdo evidente, la posibilidad de que la Corte de Casación pueda anular las sentencias basándose en un error evidente en la apreciación de la prueba, con el fin de lograr la verdadera justicia.
27. Del análisis de las resoluciones judiciales, se puede determinar que los Jueces Supremos aplicando inicialmente la causal de contravención excepcional (ficción jurídica que tiene como sustento el principio *Iura Novit Curia*) y ahora el artículo 392°-A del Código Procesal Civil, vienen revisando todo el proceso, en la etapa de calificación del recurso; cuando debieran limitarse a revisar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia que prevén los artículos 387° y 388° del citado Código.
28. Conforme la doctrina la principal manifestación del principio *Iura Novit Curia* en casación es la corrección de la motivación.

2. Recomendaciones

1. Se incorpore un artículo al Código Procesal Civil, que disponga el control casatorio por error de hecho en el control de los hechos y la valoración de la prueba, solo en aquellos casos que sea evidente el absurdo o la arbitrariedad por parte del juzgador, y que incida en el resultado del proceso.
2. Se derogue el artículo 392-A° del Código Procesal Civil, por contener una redacción confusa, que otorga facultades a la Corte

Suprema que no guardan relación con la finalidad Nomofiláctica del Recurso de Casación.

3. La Corte Suprema estudie y proponga una reforma del sistema casatorio, en la que los jueces bajo ciertos criterios o requisitos puedan aplicar la función Dikelógica, esto posibilitaría una más pronta uniformidad de la jurisprudencia nacional, y por tanto la predictibilidad de las resoluciones judiciales; se deberá aplicar específicamente en aquellas resoluciones manifiestamente absurdas y por tanto arbitrarias e injustas.
4. Debe existir una adecuada capacitación de los magistrados que estén o puedan estar en algún momento vinculados con la labor de resolver los recursos de casación contencioso administrativo, esta capacitación debe alcanzar a los secretarios de confianza, pues son los que apoyan a los Jueces Supremos.
5. La capacitación debe estar a cargo las entidades que la Corte Suprema considere conveniente.

ANEXOS DE FORMULACIÓN DOCUMENTAL:

- 1. PROYECTO DE LEY**
- 2. RESOLUCIONES JUDICIALES**

1. PROYECTO DE LEY:

I- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1- Antecedentes.

Conforme el Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 29364 publicado el 28 de mayo de 2009 de aplicación supletoria en los Procesos Contencioso Administrativos, la casación tiene por fines esenciales la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, jurisprudencialmente se viene aplicando la Función Dikelógica, que viene a ser la justicia al caso concreto, que encuentra sustento en lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en cuanto señala que la finalidad abstracta del proceso es lograr la paz social en justicia.

Por otro lado, tenemos que el fin de uniformización jurisprudencial perseguido por el Recurso de Casación, no es cumplido por la Corte Suprema, siendo por ello necesario consolidar esta función a efectos que se emita jurisprudencia de observancia obligatoria, que contribuya a la seguridad jurídica.

La tendencia Iberoamericana parece imponer, en ciertos casos extremos en que existe un absurdo evidente, la posibilidad de que la Corte de Casación pueda anular las sentencias basándose en un error evidente en la apreciación de la prueba, con el fin de lograr la verdadera justicia.

El control casatorio sobre los hechos de fondo, esto es, sobre la fijación, apreciación y calificación jurídica, y valoración de los medios probatorios, solo debe permitirse cuando se advierta en las instancias de mérito conclusiones absurdas, y por tanto arbitrarias, que hayan conducido a la infracción de la norma material, esto es, cuando los errores conducen a una equivocada subsunción.

Debe existir una manifiesta arbitrariedad por afectación de la actividad probatoria, para que la Corte Suprema se sienta legitimada a conocer los hechos que sustentan las sentencias arbitrarias, por constituir una violación del debido proceso.

Este Proyecto de Ley, es una propuesta integral que pretende ser material de trabajo para una discusión clara, técnica y profunda que permita arribar a una normatividad acorde, con el necesario mejoramiento normativo respecto de la manera cómo deben tramitarse y resolverse los recursos de casación en lo contencioso administrativo y civil, en la Corte Suprema de Justicia de la República.

2- Incorporación del control casatorio por error de hecho.

Se propone la aplicación de la Función Dikelógica, ya que el control fáctico es indispensable para lograr enmendar el absurdo o la arbitrariedad, por un error de hecho, manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o determinada prueba; y llegar a la justicia del caso concreto.

3- En cuanto a la Disposición Derogatoria.

Se deroga el artículo 392-A° del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley N° 29364, por ser una norma que tiene una redacción deficiente, y que crea confusión sobre su aplicación, pues, algunos juristas consideran que se trata de una derivación del *Certiorari* que ellos denominan *Certiorari cholo*.

4- En cuanto a la Disposición Final.

La aplicación de las normas procesales en el tiempo se encuentra regulada por la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil, por lo que, esta será la norma de remisión aplicable supletoriamente al presente caso.

II- ANÁLISIS DEL COSTO BENEFICIO

El presente proyecto, no irrogará costo al tesoro público, y finalmente, la ciudadanía (los justiciables) tendrá una justicia oportuna y eficaz, lo que permitirá mejorar la imagen institucional del Poder Judicial.

III- EFFECTOS SOBRE LA LEGISLACIÓN

El proyecto tiene como objetivo favorecer la celeridad procesal en el trámite del Recurso de Casación en el Proceso Contencioso Administrativo, así como uniformizar los criterios jurisprudenciales a través de los precedentes vinculantes, en general, se busca que la Corte Suprema cumpla con los fines casatorios trascendentes.

IV- FORMULA LEGAL:

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la siguiente Ley:

“LEY QUE INCORPORA LA FUNCIÓN DIKELÓGICA DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL”

Art. 1º.- Incorporación del Artículo 392º-B al Código Procesal Civil, el que quedará redactado en los términos siguientes:

Artículo 392°-B.- Control casatorio por error de hecho

La Corte de Casación de forma excepcional, puede revocar la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial, cuando advierta que existen conclusiones absurdas y por tanto arbitrarias vinculadas al error en la fijación, apreciación y calificación jurídica de los hechos, y en la valoración de los medios probatorios.

La Corte deberá motivar su decisión.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

ÚNICA.- Derógase el artículo 392°-A del Código Procesal Civil. (...)

DISPOSICIÓN FINAL

ÚNICA.- A los recursos de casación en trámite de los procesos contencioso administrativos, le es aplicable supletoriamente lo dispuesto en la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a

Por tanto:(...)

2. RESOLUCIONES JUDICIALES:

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**

**CAS. 664-09
LAMBAYEQUE**

Lima, siete de abril del dos mil diez.-

VISTOS; y, **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por Manuela Gonzáles de Espinoza, cumple los requisitos de forma previstos en el texto original del numeral 3.1, inciso 3) del artículo 32° de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo - aplicable en razón a temporalidad, concordante con el artículo 387° del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; **Segundo:** Que, respecto a los requisitos de fondo, el recurrente denuncia las siguientes causales: **a) Inaplicación indebida o interpretación errónea del artículo 3 de la Ley 23908; b) Inaplicación de la Doctrina Jurisprudencial: i) Expediente 1417-05-AA/TC, ii) Expediente 0767-04-AA/TC, y iii) Casación 1145-06 emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, y c) Inaplicación del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil; Tercero: En cuanto a la causal contenida en el **acápito a)**, esta no puede ser amparada, toda vez que, no se cumple con el requisito que exige el artículo 388 inciso 2) del Código Procesal Civil, es decir no se ha fundamentado con claridad y precisión en cuál de las causales descritas en el artículo 386 del anotado cuerpo legal se sustenta; **Cuarto:** Respecto a la causal contenida en el **acápito b), punto ii) y punto iii)**, es preciso señalar, que solo constituye doctrina jurisprudencial en materia contencioso administrativa, las decisiones adoptadas en casación por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, tal como lo prevé el texto original del artículo 34 de la Ley 27584, aplicable al presente caso por el principio de temporalidad; por tanto, al estar vinculada esta denuncia a una resolución emitida por órgano distinto, resulta ser improcedente; **Quinto:** Sobre la causal descrita en el **acápito b), punto iii)**, de los fundamentos del recurso interpuesto, se aprecia que el mismo no cumple**

con el requisito de fondo que exige el artículo 388 inciso 2) del Código Procesal Civil; toda vez que, el recurrente no explica cómo es que los hechos acreditados por la Sala de Vista, se subsumen al supuesto de la resolución que invoca, ni como su aplicación haría variar el sentido de la decisión final; razón por la que, la causal denunciada debe declararse improcedente; **Sexto:** La causal contenida en el **acápito c)**, debe desestimarse, ya que la Corte Suprema en reiterada jurisprudencia ha establecido que las normas jurídicas se agrupan en dos categorías, unas reconocen un derecho o imponen un obligación, en tanto que, otras establecen los requisitos y reglas que se deben observar para activar la potestad jurisdiccional del Estado, de allí que, a las primeras se les denomina normas materiales o sustantivas, y las segundas procesales, formales o adjetivas, siendo que, de lo expuesto se concluye entonces que las normas que no son de derecho material no pueden ser examinadas en el marco de las causales comprendidas en los incisos 1) y 2) del artículo 386° del Código Procesal Civil; situación que se da en el caso de autos, pues del análisis de las normas que denuncia el recurrente, ésta no constituye norma de derecho material; por lo tanto, la causal invocada deviene en improcedente; **Sétimo:** En situaciones excepcionales, esta Suprema Sala se ha visto en la necesidad de evaluar si las causas sometidas a su jurisdicción han sido tramitadas respetando reglas mínimas y esenciales de procedimiento, debido a que la observancia del debido proceso constituye un principio constitucional de la función jurisdiccional. En atención a dicha excepción, se tiene, que Sala de Vista ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 139° numeral 3) de la Constitución Política del Estado, incurriendo por ende en una contravención al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva. Por estas consideraciones, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Manuela Gonzáles de Espinoza. a fojas ciento dieciséis contra la sentencia de vista contenida en la resolución número quince de fojas ciento doce del trece de noviembre de dos mil ocho; por la causal de: **contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso;** en los seguidos contra la Oficina de Normalización Previsional, sobre Impugnación de Resolución Administrativa; **DISPUSIERON** remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa.

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL
TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA**

**CASACION N° 01366-2008
LAMBAYEQUE**

Lima, seis de marzo del dos mil nueve.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero: Que, el recurso de casación es un recurso extraordinario que persigue como fines esenciales, según el artículo 384° del Código Procesal Civil, la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo (finalidad nomofiláctica) y la unificación de los criterios jurisprudenciales por la Corte Suprema de Justicia (finalidad uniformizadora); sin embargo los alcances de este recurso no se agotan en los fines tradicionales antes mencionados, sino que la doctrina contemporánea le atribuye también una finalidad dialéctica, la cual se encuentra orientada a la búsqueda de la justicia al caso concreto; **Segundo:** Que, en el caso de autos viene ante este Supremo Tribunal el recurso de casación interpuesto por el demandante José Marcelino Fernández Sucuple con fecha veinte de febrero de dos mil ocho, que corre de fojas ciento noventa y dos a ciento noventa y cuatro, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número veintidós de fecha dieciocho de enero de dos mil ocho, recurso que ha cumplido los requisitos de forma previstos en el numeral 3.1, inciso 3) del artículo 32° de la Ley 27584 que regula el Proceso Contencioso Administrativo, concordante con el artículo 387° del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; **Tercero:** Que, el caso concreto de autos es uno de naturaleza previsional en el cual el demandante tiene como fecha de nacimiento el veintisiete de agosto de mil novecientos veinticuatro, habiéndosele otorgado pensión de jubilación mediante resolución número dieciséis mil trescientos ochenta guión A guión doscientos treinta y tres guión CH guión ochenta y cinco de fecha quince de abril de mil novecientos ochenta y cinco, que corre a fojas dos; **Cuarto:** Que, el recurrente amparándose en el artículo 386° inciso 2 del Código Procesal Civil denuncia como causales de casación: la inaplicación de la

Ley 23908; **Quinto**: Que, respecto a lo señalado en esta causal debemos decir, que la inaplicación de una norma se presenta cuando el Juzgador no logra identificar la norma aplicable al caso concreto que debe resolver y por lo tanto no la aplica, sin embargo de autos se advierte que la Sala Superior al resolver ha aplicado el artículo 3° de la Ley 23908, por lo que la causal denunciada no se ajusta a lo ocurrido en autos, resultando improcedente dicha causal; **Sexto**: Que, no obstante lo anterior, esta Sala de la Corte Suprema de la República ha determinado en casos excepcionales, que corresponde incorporar de manera extraordinaria, la causal casatoria de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, a pesar de no ser invocada por el recurrente, sin perjuicio de encontrarse regulada en la Ley 27584 en aplicación supletoria del Código Procesal Civil, ya que es deber de todo órgano jurisdiccional controlar el respeto de las garantías esenciales del debido proceso; **Séptimo**: Que, en el presente caso la Sala Superior no motivó adecuadamente la recurrida, pues ha desestimado la demanda bajo el argumento que al actor no le alcanzan los beneficios de la Ley 23908 por cuanto se le ha otorgado una pensión reducida de invalidez y jubilación, sin embargo el análisis del Colegiado Superior debió también y de manera preliminar, discernir si el recurrente cumplía con todos los requisitos previstos en el texto original del Decreto Ley 19990, de aplicación por razón de temporalidad, y si los requisitos, que de ser el caso, hubiera cumplido le daban derecho a una pensión en el régimen general o en el régimen especial contenido en el artículo 47° del Decreto Ley 19990, teniendo en cuenta que el actor nació el veintisiete de agosto de mil novecientos veinticuatro, lo que deberá determinar la Sala Superior en aplicación del principio iura novit curia; por lo que en tal sentido, el Superior, según sea el caso, debe analizar y motivar adecuadamente su decisión, resultando procedente por estos fundamentos incorporada de forma extraordinaria, a fin de emitir una sentencia motivada como lo exigen los artículos 50° inciso 6) y 122° incisos 3) y 4) del Código Procesal Civil, modificados por el artículo 1° de la Ley 27524; y artículo 139° inciso 5) de la Constitución Política del Estado. Por estas consideraciones declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el demandante José Marcelino Fernández Suclupe, por la causal de **contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido**

proceso, en los seguidos contra la Oficina de Normalización Previsional sobre Acción Contenciosa Administrativa; en consecuencia, **DISPUSIERON** remitir los actuados al Fiscal Superior respectivo para que emita el dictamen correspondiente.-

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN N° 01904-2008

CUSCO

Lima, nueve de marzo del dos mil nueve.-

VISTOS, y CONSIDERANDO:

Primero: Que, la casación constituye un recurso extraordinario que permite controlar los errores de derecho en la actividad procesal y el enjuiciamiento de fondo, teniendo como fines, según el artículo 384° del Código Procesal Civil, la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de jurisprudencia nacional; la primera finalidad mencionada se le denomina finalidad nomofiláctica que consiste en la tutela o protección del ordenamiento jurídico y es considerado el fin principal de la casación; la segunda finalidad mencionada se le denomina finalidad unificadora, este fin persigue uniformizar los criterios jurisprudenciales, pues, no resulta razonable ni justo que en un ordenamiento jurídico exista criterios diferentes para la solución de casos similares; finalmente la doctrina contemporánea atribuye, también, una finalidad dikelógica, la cual se encuentra orientada a la búsqueda de la justicia al caso concreto, y el control de la motivación de las resoluciones judiciales (control de logicidad); **Segundo:** Que, en el caso de autos viene ante esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por la co-demanda Dirección Regional de Salud del Cusco con fecha trece de marzo de dos mil ocho, de fojas doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cuarenta y seis, contra la sentencia de vista de fecha veintiuno de febrero de dos mil ocho; recurso impugnatorio que cumple los requisitos de forma previstos en el numeral 3.1, inciso 3) del artículo 32° de la Ley 27584 que regula el Proceso Contencioso Administrativo, concordante con el artículo 387° del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; **Tercero:** Que, la parte recurrente amparándose en el inciso 2) del artículo 386 del Código Procesal Civil plantea como causal del recurso la inaplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia recaída en el expediente número dos mil seiscientos dieciséis guión dos mil cuatro guión AC oblicua TC emitida por el

Tribunal Constitucional, de fecha doce de setiembre de dos mil cinco; **Cuarto:** Que, respecto de la causal denunciada en el considerando precedente debemos decir que, la fundamentación del recurso de casación interpuesto por la co-demandada no es coherente con la causal denunciada, ya que se aprecia en el texto del recurso que pese a invocar la inaplicación de la sentencia recaída en el expediente número dos mil seiscientos dieciséis guión dos mil cuatro guión AC oblicua TC, ésta ha sido aplicada en la sentencia recurrida, por lo que incurre en contradicción de los principios básicos de la lógica formal; por lo que esta causal deviene en improcedente; **Quinto:** Que, sin embargo, esta Sala de la Corte Suprema cree pertinente incorporar de manera extraordinaria la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, cuando existen elementos relevantes que ameritan su revisión, como se manifiesta en el presente proceso, en el que la Sala Superior no señaló adecuadamente cuál es el elemento que permita determinar si la parte demandante tiene derecho al beneficio contenido en el Decreto de Urgencia 037-94. Por estas consideraciones declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por la Dirección Regional de Salud del Cusco con fecha trece de marzo de dos mil ocho, de fojas doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cuarenta y seis, contra la sentencia de vista de fecha veintiuno de febrero de dos mil ocho; y, **PROCEDENTE** por la causal de: Contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, incorporada de manera extraordinaria por esta Sala Suprema, en consecuencia DISPUSIERON remitir los actuados al Ministerio Público para la emisión del dictamen de ley, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa.-

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE
LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACION N° 4118-2009
LA LIBERTAD**

Lima, dos de junio de dos mil diez.

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por el Gobierno Regional de Ucayali, cumple los requisitos de forma previstos en el texto original del numeral 3.1, inciso 3) del artículo 32° de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo - aplicable en razón a temporalidad, concordante con el artículo 387° del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; **Segundo:** Que, respecto a los requisitos de fondo, la entidad recurrente denuncia las siguientes causales: **i) Aplicación indebida de una norma de derecho material;** y **ii) Interpretación errónea de la Doctrina Jurisprudencial (Expediente 2616-04-AC/TC);** **Tercero:** De los fundamentos del recurso interpuesto, respecto del ítem **i)**, se determina que el mismo no resulta viable, toda vez que, la recurrente no señala de forma clara y precisa la norma o normas de derecho material que deben ser analizadas bajo la causal denunciada; por lo tanto, no se cumple con el requisito de fondo previsto en el artículo 388 inciso 2) del Código Procesal Civil; **Cuarto:** Respecto a la causal contenida en el **ítem ii)**, cabe anotar que el texto original del artículo 34° de la Ley N° 27584, aplicable al presente caso, textualmente señalaba: Tas decisiones adoptadas en casación por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República constituirán doctrina jurisprudencial en materia contencioso administrativa(...)", tomando como base este dispositivo, se concluye que las decisiones emitidas por otros órganos autónomos como el Tribunal Constitucional, no constituyen doctrina jurisprudencial; razón por la que, estas causales devienen en improcedentes; **Quinto:** Que, según el texto original del artículo 384° del Código Procesal Civil, el recurso de casación persigue como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo (finalidad nomofiláctica) y la unificación de los criterios jurisprudenciales por la Corte Suprema de Justicia (finalidad

uniformizados). Asimismo, la doctrina contemporánea le atribuye una finalidad denominada dielógica que se encuentra orientada a la búsqueda de la justicia al caso concreto; por lo que, a la luz de esta norma el examen de las causales previstas para su interposición debe efectuarse teniendo en cuenta el logro de tales finalidades; **Sexto:** En atención a lo expuesto precedentemente, en situaciones excepcionales, esta Suprema Sala se ha visto en la necesidad de evaluar si las causas sometidas a su jurisdicción han sido tramitadas respetando reglas mínimas y esenciales de procedimiento, debido a que la observancia del debido proceso constituye un principio constitucional de la función jurisdiccional. En atención a dicha excepción, se tiene que verificar en este caso concreto si se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 139° numeral 3) de la Constitución Política del Estado, incurriendo por ende en una contravención al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva. Por estas consideraciones, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el Gobierno Regional de Ucayali a fojas doscientos ocho contra la sentencia de vista contenida en la resolución número seis de fojas ciento noventa y dos del diecisiete de marzo de dos mil nueve; por la causal de: **Contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso**; en los seguidos contra el Hospital Regional de Pucallpa y otro, sobre Acción Contencioso Administrativa; **DISPUSIERON** remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa.

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

CAS. N° 000256-2008

LAMBAYEQUE

Lima, diez de junio de dos mil nueve.-

VISTA; la causa número doscientos cincuenta y seis guión dos mil ocho en audiencia pública de la fecha; de conformidad con el Dictamen del Señor Fiscal en lo Contencioso Administrativo; y, producida la votación con arreglo a Ley, se ha emitido la siguiente sentencia; **CONSIDERANDO:** **Primero:** Que, se trata del recurso de casación interpuesto mediante escrito de fojas doscientos dos a doscientos cinco por la parte demandante contra la sentencia de vista número diecisiete de fecha diez de octubre del dos mil siete que corre de fojas ciento noventa y siete a ciento noventa y ocho que confirma la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda; **Segundo:** Que, mediante resolución de fojas veintiséis a veintisiete del cuaderno de casación, su fecha doce de noviembre del dos mil ocho se declaró procedente el recurso de casación interpuesto por don Manuel Pérez López contra la Oficina de Normalización Previsional - ONP por la causal de contravención de las normas que garantizan el debido proceso, correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento sobre dicha causal; **Tercero:** Que, respecto a la causal denunciada debemos decir que, el debido proceso es el conjunto de garantías mínimas que deben existir en todo proceso para que el mismo se considere justo; que dentro de las garantías integrantes del debido proceso tenemos el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. En este sentido el contenido esencial del derecho y principio de motivación de las resoluciones judiciales se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y por sí misma la resolución judicial expresa una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si ésta es

breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión, es decir que por lo menos las resoluciones judiciales vengan sustentadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión, o lo que es lo mismo la ratio decidendi que ha determinado aquella; **Cuarto:** Que, en el caso concreto de autos, al demandante se le otorgó Pensión de Jubilación Adelantada el veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y ocho a partir del veintiuno de julio de mil novecientos noventa y siete conforme lo normado por el Decreto Ley N° 25967; sin embargo, añade que adquirió derecho a pensión bajo los alcances del Decreto Ley N° 19990 antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25967, pues, al dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y dos contaba con cincuenta y nueve años de edad y treinta y nueve de aportaciones; **Quinto:** Que, el artículo 44° del Decreto Ley N° 19990 estableció textualmente lo siguiente: "Los trabajadores que tengan cuando menos 55 o 50 años, de edad y 30 ó 25 años de aportación, según sean hombres o mujeres, respectivamente, tienen derecho a pensión de jubilación."; **Sexto:** Que, el artículo 3° de la Ley N° 27561 ha reconocido el derecho de los trabajadores que al dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y dos, hubieran cumplido con los requisitos establecidos en el Decreto Ley N° 19990, a que se les otorgue una pensión de jubilación calculada de conformidad con las normas establecidas en el referido Decreto Ley; **Sétimo:** Que, asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0513-2004-AA/TC en su fundamento 4. señala lo siguiente: "Conforme lo ha establecido este Tribunal, los asegurados inscritos en el Decreto Ley N.° 19990 que hubieran cumplido sus requisitos hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley N.° 25967, tendrán derecho al cálculo de la pensión respectiva, conforme a los criterios establecidos en esta norma, por tratarse de derechos adquiridos que necesariamente deben ser respetados en atención a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993."; **Octavo:** Que, de la revisión de la sentencia de vista y teniendo en cuenta las normas citadas en los considerandos anteriores, la Sala de mérito no ha motivado adecuadamente su decisión, en consecuencia, corresponde a esta Sala Suprema declarar fundado el recurso de casación; por estas consideraciones y de conformidad con el Dictamen Fiscal declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto

mediante escrito de fojas doscientos dos a doscientos cinco por la parte demandante contra la sentencia de vista número diecisiete de fecha diez de octubre del dos mil siete que corre de fojas ciento noventa y siete a ciento noventa y ocho que confirma la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda; en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fojas ciento noventa y siete a ciento noventa y ocho; **DISPUSIERON** que la Sala Superior emita nuevo pronunciamiento cumpliendo con fundamentar adecuadamente su decisión con arreglo a ley, y observando las directivas que se desprenden de este pronunciamiento; en los seguidos por don Manuel Pérez López con la Oficina de Normalización Previsional - ONP; **ORDENARON** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano".-

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE
LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN N° 2095-2009

ICA

Lima, doce de mayo de dos mil diez.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por Moisés Serafín Espinoza Muñoz, cumple los requisitos de forma previstos en el texto original del numeral 3.1, inciso 3) del artículo 32° de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo - y los contenidos en el artículo 387° del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; **Segundo:** Que, cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, lo hace así en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo, a través del cual, la Corte Suprema va a ejecutar su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncia como vicio o error en el recurso y no va a actuar como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso; **Tercero:** Que, el artículo 388° del Código Adjetivo anotado, establece que constituye requisito de fondo del recurso que se fundamente con claridad y precisión, expresando en cuál de las causales descritas en el artículo 386° del Código Procesal Civil se sustenta, y según sea el caso, debe indicarse cómo debe ser la debida aplicación o cuál la interpretación correcta de la norma, cuál debe ser la norma de derecho material aplicable al caso, o en qué ha consistido la afectación del derecho al debido proceso o cuál ha sido la formalidad procesal incumplida; **Cuarto:** Que, en cuanto a los requisitos de fondo, el recurrente no precisa causal alguna, por lo que resulta inviable su procedencia; **Quinto:** En situaciones excepcionales, esta Suprema Sala se ha visto en la necesidad de evaluar si las causas sometidas a su jurisdicción han sido tramitadas respetando reglas mínimas y esenciales de procedimiento, debido a que la observancia del debido proceso constituye un principio constitucional de la función jurisdiccional. En atención a dicha excepción, se tiene, que Sala de Vista habría vulnerado lo dispuesto en el artículo 139° numeral 3) de la Constitución Política del Estado, incurriendo por

ende en una contravención al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva;

Sexto: Cabe anotar, que mediante Resolución Directoral Regional N° 742 de fecha diecisiete de abril de dos mil siete que obra a fojas tres, se le reconoció al demandante la bonificación del Decreto de Urgencia 037-94, acto administrativo firme como aparece de autos. Por estas consideraciones, declararon:

PROCEDENTE el recurso de casación interpuesto por Moisés Serafín Espinoza Muñoz, a fojas ciento cinco, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número catorce de fojas noventa y siete del doce de diciembre de dos mil ocho; por la causal de: Contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; en los seguidos contra la Dirección Regional de Educación de Ica y otro, sobre Acción Contencioso Administrativa;

DISPUSIERON remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa.-

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN N° 232 – 2009

LA LIBERTAD

Lima, veintiuno de abril de dos mil diez.-

VISTOS; con el acompañado y, **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por Ricardo Soriano Chávez, cumple los requisitos de forma previstos en el texto original del numeral 3.1, inciso 3) del artículo 32° de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo - aplicable en razón a temporalidad, concordante con el artículo 387° del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; **Segundo:** Que, respecto a los requisitos de fondo, el recurrente denuncia las siguientes causales: i) Interpretación errónea de la Resolución Directoral Regional **3339**; ii) Contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Superior de Justicia de la Libertad, pronunciadas en casos similares; iii) Aplicación Indevida del artículo **236** de la Carta Magna; y iv) Inaplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional; **Tercero:** Absolviendo la causal prevista en el ítem i), esta no puede ser amparada, toda vez que, no se cumple con el requisito de fondo que exige el artículo 388 inciso 2) del Código procesal Civil; **Cuarto:** La causal contenida en el ítem (ii), no puede ser amparada, toda vez que, el recurrente ha invocado una causal no prevista en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (Ley 27584); sino para los procesos laborales (Ley 26636) conforme se aprecia del artículo 56 de la precitada norma; **Quinto:** En cuanto a la causal contenida en el ítem iii), ha quedado establecido en anteriores pronunciamientos de esta Sala Suprema, que no procede en sede de casación, la denuncia de una norma constitucional, toda vez que, contienen preceptos genéricos, a no ser que exista incompatibilidad entre ésta y una norma legal ordinaria, situación que no se presenta en el caso de autos, razón por la cual, esta denuncia deviene en improcedente; **Sexto:** Respecto de la causal prevista en el ítem iv), es preciso señalar, que solo constituye doctrina jurisprudencial en materia contencioso administrativa, las decisiones adoptadas

en casación por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, tal como lo prevé el texto original del artículo 34 de la Ley 27584, aplicable al presente caso por el principio de temporalidad; por tanto, al estar vinculada esta denuncia a una resolución emitida por órgano distinto, resulta ser improcedente; **Sétimo:** En situaciones excepcionales, esta Suprema Sala se ha visto en la necesidad de evaluar si las causas sometidas a su jurisdicción han sido tramitadas respetando reglas mínimas y esenciales de procedimiento, debido a que la observancia del debido proceso constituye un principio constitucional de la función jurisdiccional. En atención a dicha excepción, se tiene, que Sala de Vista ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 139° numeral 3) de la Constitución Política del Estado, incurriendo por ende en una contravención al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva; razón por la que, esta causal deviene procedente. Por estas consideraciones, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Ricardo Soriano Chávez, a fojas ciento setenta y seis, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número catorce de fojas ciento sesenta y tres del quince de setiembre de dos mil ocho; por la causal de: contravención **de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso**; en los seguidos contra la Dirección Regional de Educación de la Libertad y otro, sobre Acción Contencioso Administrativa; **DISPUSIERON** remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa.

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN N° 14357 – 2013

SAN MARTÍN

Lima, trece de diciembre de dos mil trece.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero: El recurso de casación interpuesto por la demandada Gobierno Regional de San Martín, mediante escrito de fecha veintinueve de agosto de dos mil trece, de fojas doscientos setenta y nueve a doscientos ochenta y uno, cumple con los requisitos de forma contemplados en el texto del numeral 3.1) del inciso 3) del artículo 35° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, y los contenidos en el artículo 387° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el veintiocho de mayo de dos mil nueve, necesarios para su admisibilidad.

Segundo: Cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que debe cumplir todo recurso de casación, lo hace así porque este es un medio impugnatorio especialísimo, a través del cual, la Corte Suprema ejecuta su facultad casatoria en base a lo estrictamente denunciado como vicio o error en el recurso, y no actúa como una instancia final de fallo donde se analiza primero el proceso y luego el recurso.

Tercero: Cabe destacar, que el recurso de casación es eminentemente formal y procede solo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 386° del Código Procesal Civil, esto es: i) La Infracción normativa y ii) El apartamiento inmotivado del precedente judicial.

Cuarto: Asimismo, la entidad recurrente no debe haber consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando esta fuere confirmada por la resolución impugnada, debe describir con claridad y precisión en qué consiste la

infracción normativa o el apartamiento inmotivado del precedente judicial que denuncia; así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión contenida en la resolución materia del recurso; además de señalar si su pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, conforme a lo previsto en los incisos 1), 2), 3) y 4) del artículo 388° del Código Acotado, modificado por la Ley N° 29364.

Quinto: Conforme la demanda en fojas treinta y cinco, lo que solicita la demandante es la nulidad de la Resolución ficta que deniega la nivelación y homologación de la pensión, en consecuencia, se expida nueva resolución realizando los cálculos de los beneficios que le corresponde.

Sexto: Respecto al requisito de procedencia previsto en el inciso 1) del artículo 388° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, se advierte que la entidad impugnante no consintió la resolución adversa de primera instancia, pues apeló mediante escrito de fecha cinco de octubre de dos mil doce, que corre a fojas doscientos seis.

Sétimo: La demandada denuncia como causal de su recurso la Infracción normativa: i) Artículo 5° de la Ley N° 23495, ii) Artículo 4° de la Ley N° 28449, iii) Ley N° 28389, iv) Artículos 5° y 6° del Decreto Supremo N° 015-83-PCM, v) Artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vi) Inciso 5°) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, y vii) Inaplicación de la doctrina jurisprudencial: Expediente N° 050-04-AI/TC.

Octavo: En cuanto a la causal denunciada, cabe anotar que la entidad recurrente no ha cumplido con describir con claridad y precisión la infracción normativa ni ha demostrado la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada, pues orienta sus argumentos a una revaluación de los medios probatorios, lo que no es posible en sede casatoria; razón por la que, esta causal debe desestimarse.

Noveno: La Constitución Política del Estado de 1993 reconoce en el inciso 3) del artículo 139°, que son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva cabe precisar que no solo comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. CARRIÓN LUGO¹³¹ en relación al debido proceso dice lo siguiente: "E/ debido proceso como un derecho, desde el punto de vista estático supone la presencia de dos condiciones: a) Los órganos judiciales encargados de conocer de los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por Jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas, y b) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, a la motivación, los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de las partes en todas las etapas del proceso. El debido proceso, como un derecho, desde el punto de vista dinámico supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias, sino también, de las normas, principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva".

Décimo: El derecho al debido proceso también es reconocido y regulado en: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; para el Perú: Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959), que en su artículo 10° establece: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones(...)". En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

¹³¹ **CARRIÓN LUGO**, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L, 2004, V. III, pp. 28-31.

(Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; para el Perú: aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978), que en su artículo 14° señala: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)". Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; para el Perú: Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978), que en su artículo 8° establece: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)".

Undécimo: Conforme a lo expuesto, y a lo regulado en el artículo 392°-A del Código Procesal Civil incorporado por la Ley N° 29364, la Corte Suprema tiene la facultad de conceder excepcionalmente el recurso de casación, si considera que al concederlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículo 384° del citado Código Adjetivo; en tal sentido, en aplicación de dicha excepción, es necesario revisar en este caso concreto, si lo resuelto por la Sala Superior atenta contra uno de los fines del recurso de casación como lo es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley N° 23495, artículo 4° de la Ley N° 28449 y artículo 3° de la Ley N° 28389.

Por estas consideraciones, en aplicación del artículo 39°2-A del Código Procesal Civil incorporado por la Ley N° 29364, declararon: PROCEDENTE el recurso de casación interpuesto por la demandada Gobierno Regional de San Martín de fecha veintinueve de agosto de dos mil trece, contra la sentencia de

vista contenida en la resolución número veinte de fecha catorce de junio dos mil trece a fojas doscientos sesenta y dos; por la siguiente causal: Infracción normativa del artículo 5° de la Ley N° 23495, artículo 4° de la Ley N° 28449 y artículo 3° de la la Ley N° 28389; en los seguidos por Elizabeth Aguilar Paredes, sobre nivelación de pensión; DISPUSIERON en aplicación de la artículo 16° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa.-

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACION N° 196-2011

PUNO

Lima, seis de diciembre del dos mil once.-

VISTOS; y, **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por los demandantes, Amelia Rosa Huanca Ñaura y otros, cumple los requisitos de forma previstos en el numeral 3.1, inciso 3) del artículo 35° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, concordante con el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por Ley 29364, para su admisibilidad; **Segundo:** Que, cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, lo hace en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo, a través del cual, la Corte Suprema va a ejecutar su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncia como vicio o error en el recurso y no va a actuar como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso; **Tercero:** Que, en principio cabe destacar que el recurso de casación procede sólo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364, esto es: i) La Infracción normativa y ii) El Apartamiento inmotivado del precedente judicial; **Cuarto:** Que, no obstante lo antes señalado, los recurrentes deben además, no haber consentido la resolución adversa de primera instancia, describir con claridad y precisión en qué consiste la infracción normativa o cuál es el precedente judicial del que se aparta; así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada e indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, tal como lo exigen los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; **Quinto:** Que, en el caso concreto de autos los recurrentes no han cumplido con señalar la causal o causales que sustenta el recurso de casación conforme lo dispone el artículo 386 ni con lo dispuesto en el artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; razón por la que, esta causal debe desestimarse; **Sexto:** Que, la

Constitución Política del Estado de 1993 reconoce en su artículo 139 inciso 3), que son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva cabe precisar que no solo comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. CARRIÓN LUGO¹³² en relación al debido proceso dice lo siguiente: El debido proceso como un derecho, desde el punto de vista estático supone la presencia de dos condiciones: a) Los órganos judiciales encargados de conocer de los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por Jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas, y b) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, a la motivación, los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de las partes en todas las etapas del proceso. El debido proceso, como un derecho, desde el punto de vista dinámico supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias, sino también, de las normas, principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva; **Sétimo:** Que, además el derecho al debido proceso también es reconocido y regulado en: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; para el Perú: Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959), que en su artículo 10 establece: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones(...)". En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General

¹³² **CARRIÓN LUGO**, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil, Editora Jurídica Grijley E I R L 2004, V. III, pp. 28-31.

en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; para el Perú: aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978), que en su artículo 14 señala: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)". Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; para el Perú: Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978), que en su artículo 8 establece: 'Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)'; **Octavo:** Conforme a lo expuesto, así como de los argumentos de los impugnantes quienes sostienen: "(...) Existen múltiples Ejecutorías Supremas, que han establecido que el decreto Supremo N° 051-91-PCM, no tiene rango ni fuerza de Ley, por lo que mal puede modificar la Ley del Profesorado y su Reglamento (...) el tribunal supremo considera pertinente la aplicación del Art. 48 de la Ley N° 24029 (...)que establecen en forma indubitadamente, que el profesor tiene derecho a percibir una bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de su remuneración total y no de la remuneración total permanente establecida por el artículo 10 del Decreto Supremo Número 051-91-PCM (...)"; además, conforme lo dispone el artículo 392-A del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley 29364, la Corte Suprema tiene la facultad de conceder excepcionalmente el recurso de casación, si considera que al concederlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículos 384 del citado Código Adjetivo; en tal sentido, en aplicación de dicha excepción, es necesario revisar en este caso concreto, si lo resuelto por la Sala Superior atenta contra uno de los fines del recurso de casación como lo es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 24029. Por

estas consideraciones, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por los demandantes Amelia Rosa Huanca Ñaura y otros a fojas quinientos veinte, de fecha veintitrés de diciembre de dos mil diez, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número veintiuno a fojas cuatrocientos ochenta y tres del veinticinco de octubre de dos mil diez; por la siguiente causal: Infracción normativa del Artículo 48 de la Ley N° 24029; en los seguidos por el Gobierno Regional de Puno, sobre Impugnación de Resolución Administrativa; **DISPUSIERON** remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa.

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE
LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACION N° 1793-2011

AREQUIPA

Lima, veintinueve de marzo dos mil doce.

VISTOS; con el acompañado y, **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por la demandada, Seguro Social de Salud - Essalud, cumple los requisitos de forma previstos en el numeral 3.1, inciso 3) del artículo 32° de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, concordante con el artículo 387 del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; **Segundo:** Que, cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, lo hace en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo, a través del cual, la Corte Suprema va a ejecutar su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncia como vicio o error en el recurso y no va a actuar como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso; **Tercero:** Que, en principio cabe destacar que el recurso de casación procede sólo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364, esto es: i) La Infracción normativa y ii) El Apartamiento inmotivado del precedente judicial; **Cuarto:** Que, no obstante lo antes señalado, la entidad recurrente debe además, no haber consentido la resolución adversa de primera instancia, describir con claridad y precisión en qué consiste la infracción normativa o cuál es el precedente judicial del que se aparta; así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada e indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, tal como lo exigen los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; **Quinto:** Que, en el caso concreto de autos la recurrente no ha cumplido con señalar la causal o causales que sustenta el recurso de casación conforme lo dispone el artículo 386 ni con lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; razón por la

que, esta causal debe desestimarse; **Sexto:** Que, la Constitución Política del Estado de 1993 reconoce en su artículo 139 inciso 3), que son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva cabe precisar que no solo comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. CARRIÓN LUGO¹³³ en relación al debido proceso dice lo siguiente: El debido proceso como un derecho, **desde el punto de vista estático** supone la presencia de dos condiciones: a) Los órganos judiciales encargados de conocer de los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por Jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas, y b) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, a la motivación, los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de las partes en todas las etapas del proceso. El debido proceso, como un derecho, **desde el punto de vista dinámico** supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias, sino también, de las normas, principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva; **Sétimo:** Que, además el derecho al debido proceso también es reconocido y regulado en: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; para el Perú: Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959), que en su artículo 10 establece: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones(...)". En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma,

¹³³ CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004, V. III, pp. 28-31.

ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; para el Perú: aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978), que en su artículo 14 señala: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)". Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; para el Perú: Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978), que en su artículo 8 establece: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)"; **Octavo:** Conforme a lo expuesto, y a lo dispuesto en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley 29364, la Corte Suprema tiene la facultad de conceder excepcionalmente el recurso de casación, si considera que al concederlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículos 384 del citado Código Adjetivo; en tal sentido, en aplicación de dicha excepción, es necesario revisar en este caso concreto, si lo resuelto por la Sala Superior atenta contra uno de los fines del recurso de casación como lo es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley N° 27803, modificado por la Ley N° 28299. Por estas consideraciones, en aplicación del artículo 392°-A del Código Procesal Civil, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por la demandada Seguro Social de Salud- Essalud a fojas mil noventa y seis de fecha veintiocho de diciembre de dos mil diez, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número cuarenta y seis a fojas mil sesenta y uno del veintiocho de octubre de dos mil diez; por la siguiente causal: **Infracción normativa del Artículo 12 de la Ley N° 27803, modificado por la Ley N° 28299;** en los seguidos por Miguel Gregorio Arias Pacheco, sobre Impugnación

de Resolución Administrativa; **DISPUSIERON** remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa.

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE
LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACION N° 1959-2011

AREQUIPA

Lima, cuatro de abril del dos mil doce.

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por la demandada, Unidad de Gestión Educativa Local Arequipa Norte, cumple los requisitos de forma previstos en el numeral 3.1, inciso 3) del artículo 35° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 - **Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo**, concordante con el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364 para su admisibilidad; **Segundo**: Que, cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, lo hace en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo, a través del cual, la Corte Suprema va a ejecutar su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncia como vicio o error en el recurso y no va a actuar como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso; **Tercero**: Que, en principio cabe destacar que el recurso de casación procede sólo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364, esto es: i) La Infracción normativa y ii) El Apartamiento inmotivado del precedente judicial; **Cuarto**: Que, no obstante lo antes señalado, la recurrente debe además, no haber consentido la resolución adversa de primera instancia, describir con claridad y precisión en qué consiste la infracción normativa o cuál es el precedente judicial del que se aparta; así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada e indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, tal como lo exigen los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; **Quinto**: Que, en el caso concreto de autos la recurrente no ha cumplido con señalar la causal o causales que sustenta el recurso de casación conforme lo dispone el artículo 386, sin cumplir además

con los requisitos de procedencia previstos en los incisos 2) y 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; razón por la que, esta causal debe desestimarse; **Sexto:** Que, la Constitución Política del Estado de 1993 reconoce en su artículo 139 inciso 3), que son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva cabe precisar que no solo comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. CARRIÓN LUGO¹³⁴ en relación al debido proceso dice lo siguiente: El debido proceso como un derecho, desde el punto de vista estático supone la presencia de dos condiciones: a) Los órganos judiciales encargados de conocer de los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por Jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas, y b) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, a la motivación, los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de las partes en todas las etapas del proceso. El debido proceso, como un derecho, desde el punto de vista dinámico supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias, sino también, de las normas, principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva; **Sétimo:** Que, además el derecho al debido proceso también es reconocido y regulado en: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; para el Perú: Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959), que en su artículo 10 establece: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para

¹³⁴ CARRIÓN LUGO, Jorge. **Tratado de Derecho Procesal Civil**, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004, V. III, PP. 28-31.

la determinación de sus derechos y obligaciones(...)". En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; para el Perú: aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978), que en su artículo 14 señala: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)" . Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; para el Perú: Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978), que en su artículo 8 establece: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)" ; **Octavo:** Conforme a lo expuesto, y a lo dispuesto en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley 29364, la Corte Suprema tiene la facultad de conceder excepcionalmente el recurso de casación, si considera que al concederlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículos 384 del citado Código Adjetivo; en tal sentido, en aplicación de dicha excepción, es necesario revisar en este caso concreto, si lo resuelto por la Sala Superior atenta contra uno de los fines del recurso de casación como lo es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM. Por estas 3 consideraciones, en aplicación del artículo 392°-A del Código Procesal Civil, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por la demandada Unidad de Gestión Educativa Local Arequipa Norte a fojas ciento veintinueve de fecha catorce de diciembre de dos mil diez, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número quince a fojas ciento diecisiete del veinticinco de octubre de dos mil diez; por la siguiente causal: Infracción

normativa del Artículo 12 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM; en los seguidos por Wenceslao Huaranga Quispe, sobre Impugnación de Resolución Administrativa; **DISPUSIERON** remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa.

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE
LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN N° 3292-2010

PIURA

Lima, trece de abril de dos mil once.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por el demandante, José Trinidad Mendoza Silva, cumple con los requisitos de forma previstos en el texto original del artículo 32 inciso 3, numeral 3.1 de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo; y, los referidos a la misma exigencia contenido en el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el veintiocho de mayo de dos mil nueve, para su admisibilidad; **Segundo:** Que, cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, lo hace en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo, a través del cual, la Corte Suprema va a ejecutar su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncia como vicio o error en el recurso y no va a actuar como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso; **Tercero:** Que, en principio cabe destacar que el recurso de casación es eminentemente formal y procede sólo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364, esto es: i) La Infracción normativa y ii) El Apartamiento inmotivado del precedente judicial; **Cuarto:** Que, no obstante lo antes señalado, el recurrente debe además, describir con claridad y precisión en qué consiste la infracción normativa o cuál es el precedente judicial del que se aparta; así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada e indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, tal como lo exigen los incisos 2, 3 y 4 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; **Quinto:** Que, en el caso concreto de autos el recurrente no ha cumplido con señalar la causal o causales que sustenta el recurso de casación conforme lo dispone el artículo 386 del Código Procesal

Civil, modificado por la Ley 29364; razón por la que, la causal de casación denunciada resulta improcedente; **Sexto:** Que, la Constitución Política del Estado de 1993 reconoce en su artículo 139 inciso 3), que son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva cabe precisar que no solo comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. CARRIÓN LUGO¹ en relación al debido proceso dice lo siguiente: El debido proceso como un derecho, **desde el punto de vista estático** supone la presencia de dos condiciones: a) Los órganos judiciales encargados de conocer de los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por Jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas, y b) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, a la motivación, los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de las partes en todas las etapas del proceso. El debido proceso, como un derecho, **desde el punto de vista dinámico** supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias, sino también, de las normas, principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva; **Sétimo:** Que, además el derecho al debido proceso también es reconocido y regulado en: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; para el Perú: Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959), que en su artículo 10 establece: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones...". En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI),

de 16 de diciembre de 1966; para el Perú: aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978), que en su artículo 14 señala: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...". Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; para el Perú: Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978), que en su artículo 8 establece: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter..."; **Octavo:** Conforme a lo expuesto, así como de los argumentos del impugnante quien sostiene: "...que a partir de la dación de la Ley 23908, existen en forma independiente en la Legislación peruana, el monto de la pensión mínima y el monto de la pensión máxima, las mismas que se encuentran reguladas por sus leyes especiales. De tal modo que a partir de la vigencia de la Ley 23908, ya no se podía concebir en el ámbito nacional la inexistencia de un monto decoroso correspondiente a la pensión mínima, por cuanto ello se constituyó en un derecho fundamental..."; y además, conforme lo dispone el artículo 392°-A del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley 29364, la Corte Suprema tiene la facultad de conceder excepcionalmente el recurso de casación, si considera que al concederlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículos 384 del citado Código Adjetivo; en tal sentido, en aplicación de dicha excepción, es necesario revisar en este caso concreto, si lo resuelto por la Sala Superior atenta contra uno de los fines del recurso de casación como lo es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 23908. Por estas consideraciones, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el demandante José Trinidad Mendoza Silva a fojas ciento ochenta y siete de fecha dos de junio de dos mil diez, contra la sentencia

de vista contenida en la resolución número veintiocho de fojas ciento ochenta del treinta de noviembre de dos mil nueve; por la siguiente causal: **Infracción normativa del Artículo 1 de la Ley 23908**; en los seguidos contra la Oficina de Normalización Previsional, sobre Impugnación de Resolución Administrativa; **DISPUSIERON** remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa.

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE
LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN N° 9295-2009

PIURA

Lima, tres de diciembre de dos mil diez.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por el demandante Juan Pablo Nieves Atoche, cumple con los requisitos de forma previstos en el texto original del artículo 32 inciso 3, numeral 3.1 de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo; y, los referidos a la misma exigencia contenido en el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el veintiocho de mayo de dos mil nueve, para su admisibilidad; **Segundo:** Que, cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, lo hace en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo, a través del cual, la Corte Suprema va a ejecutar su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncia como vicio o error en el recurso y no va a actuar como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso; **Tercero:** Que, en principio cabe destacar que el recurso de casación es eminentemente formal y procede sólo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364, esto es: i) La Infracción normativa y ii) El Apartamiento inmotivado del precedente judicial; **Cuarto:** Que, no obstante lo antes señalado, el recurrente debe además, describir con claridad y precisión en qué consiste la infracción normativa o cuál es el precedente judicial del que se aparta; así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada e indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, tal como lo exigen los incisos 2, 3 y 4 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; **Quinto:** Que, en el caso concreto de autos el recurrente no ha cumplido con señalar la causal o causales que sustenta el

recurso de casación conforme lo dispone el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364; razón por la que, la causal de casación denunciada resulta improcedente; **Sexto:** Que, la Constitución Política del Estado de 1993 reconoce en su artículo 139 inciso 3), que son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva cabe precisar que no solo comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. CARRION LUGO en relación al debido proceso dice lo siguiente: El debido proceso como un derecho, **desde el punto de vista estático** supone la presencia de dos condiciones: a) Los órganos judiciales encargados de conocer de los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por Jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas, y b) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, a la motivación, los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de las partes en todas las etapas del proceso. El debido proceso, como un derecho, **desde el punto de vista dinámico** supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias, sino también, de las normas, principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva; **Sétimo:** Que, además el derecho al debido proceso también es reconocido y regulado en: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; para el Perú: Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959), que en su artículo 10 establece: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones...". En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y

adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; para el Perú: aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978), que en su artículo 14 señala: Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...". Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; para el Perú: Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978), que en su artículo 8 establece: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter..."; **Octavo:** Conforme a lo expuesto, así como de los argumentos del impugnante quien sostiene: "...En el año 2001 se promulgó el DU 105-2001, mediante el cual se establece un incremento del monto de la remuneración básica estableciéndose el nuevo monto en S/. 50.00 Nuevos Soles (éste incremento se me viene pagando en su totalidad), por lo que, en cumplimiento de la normatividad vigente debió proceder al cálculo y pago de la Bonificación Personal de acuerdo al nuevo monto establecido para la remuneración básica y conforme establece la ley del profesorado para su cálculo y pago y; no como se viene pagando por concepto de bonificación personal la suma ínfima que no asciende ni a S/. 0.10 céntimos de sol..."; y además, conforme lo dispone el artículo 392-A del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley 29364, la Corte Suprema tiene la facultad de conceder excepcionalmente el recurso de casación, si considera que al concederlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículo 384 del citado Código Adjetivo; en tal sentido, en aplicación de dicha excepción, es necesario revisar en este caso concreto, si lo resuelto por la Sala Superior atenta contra uno de los fines del recurso de casación como lo es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, contraviniendo lo dispuesto en

el Decreto de Urgencia 105-2001. Por estas consideraciones, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el demandante Juan Pablo Nieves Atoche a fojas cien de fecha veintinueve de setiembre de dos mil nueve, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número doce de fojas noventa y seis del treinta y uno de agosto de dos mil nueve; por la siguiente causal: **Infracción normativa del Decreto de Urgencia 105-2001**; en los seguidos contra la Dirección Regional de Educación de Piura y otros, sobre Impugnación de Resolución Administrativa; **DISPUSIERON** remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa.-

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL
TRANSITORIO CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA**

CASACION N° 5537-2012

LIMA

Pago de Bonificación Especial

Decreto de Urgencia N° 037-94

PROCESO ESPECIAL

Lima, diecisiete de julio de dos mil trece.-

VISTA; la causa número cinco mil quinientos treinta y siete guión dos mil doce guión LIMA, en audiencia pública de la fecha; de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo; y, producida la votación con arreglo a Ley, se ha emitido la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la parte demandante Gelacio Camargo Tello, mediante escrito de fecha veintiséis de octubre de dos mil once que corre de fojas cuatrocientos cuarenta y seis a cuatrocientos cincuenta y cinco, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número nueve de fecha doce de setiembre de dos mil once que obra de fojas cuatrocientos siete a cuatrocientos diez, que revocó la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda y reformándola la declaró infundada; en los seguidos por Gelacio Camargo Tello contra la entidad demandada Ministerio de Salud, sobre Pago de Bonificación Especial - Decreto de Urgencia N° 037-94.-

CAUSAL DEL RECURSO:

Por resolución de fecha diez de octubre de dos mil doce, que corre de fojas veinticinco a veintiocho del cuaderno de casación, se declaró procedente el recurso de casación interpuesto por la demandante, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley N° 29364; por la causal

de: **Infracción normativa del artículo 2° del Decreto de Urgencia N° 037-94**, correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo sobre dicha causal.

CONSIDERANDO:

Primero - Que, la infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma las causales que anteriormente contemplaba el Código Procesal Civil en su artículo 386°, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, incluyendo además otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Segundo - Que, en el caso concreto de autos, la infracción normativa consiste en la vulneración del artículo 2° del Decreto de Urgencia N° 037-94 que señala expresamente: "(...) Artículo 2 - Otórgase, a partir del 1 de julio de 1994, una Bonificación Especial a los servidores de la administración pública ubicados en los niveles F-2, F-1, Profesionales, Técnicos y Auxiliares, así como al personal comprendido en la Escala N° 11 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM que desempeñan cargos directivos o jefaturales; de conformidad a los montos señalados en el anexo que forma parte del presente Decreto de Urgencia. (...)".

Tercero - Que, conforme se aprecia del escrito de subsanación de la demanda, que corre a fojas ciento cincuenta y seis, el recurrente solicita se declare la nulidad de la Resolución Viceministerial N° 466-2003-SA-OGGRH, de fecha veintisiete de noviembre de dos mil tres, que declara infundado el recurso de apelación presentado por el demandante, y la Resolución Directoral N° 933-2003-OG.RR.HH./SA, de fecha veintiuno de agosto de dos mil tres; en consecuencia, se ordene nivelar y reintegrar la Bonificación Especial prevista en el Decreto de Urgencia N° 037-94 con retroactividad al uno de julio de mil novecientos noventa y cuatro, deduciendo lo pagado por la incorrecta aplicación del Decreto Supremo N° 019-94-PCM.

Cuarto - Que, como se aprecia de la boleta de pago que corre a fojas doscientos veintidós, y el Informe Situacional Actual, emitido por la Oficina General de Gestión de Recursos Humanos del Ministerio de Salud, que corre a fojas trescientos cuatro, el recurrente es cesante del Decreto Ley N° 20530, el cual ostentó el cargo de Técnico Administrativo II, Nivel STA, que conforme a las escalas establecidas por el Decreto Supremo N° 051-91-PCM, el mismo se encuentra comprendido en la Escala N° 8.

Quinto - Que, la desestimación de la demanda por la Sala Superior se sustenta básicamente en señalar que el actor ostenta el cargo de Técnico Administrativo Nivel STA, por lo que se encuentra ubicado en la Escala N° 8 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM. Asimismo, agrega que si bien existen diversos fallos del Tribunal Constitucional en los cuales se establece que corresponde el pago de la Bonificación Especial prevista por el Decreto de Urgencia N° 037-94 a los trabajadores del Sector Salud que se encuentren en las Escalas 8 ó 9, también es cierto que dicho criterio no se puede aplicar porque significaría la inaplicación del **fundamento 12** de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2616-2004-AC/TC, el cual constituye precedente vinculante, el mismo que establece que los servidores del Sector Salud se encuentran excluidos de la bonificación especial otorgada por el citado decreto de urgencia, sin que para tal efecto resulte relevante que se encuentren en las Escalas 8 ó 9, pues los mismos se encuentran escalafonados y pertenecen a una escala distinta, como lo es la Escala N° 10.

Sexto - Que, respecto a la aplicación del Decreto de Urgencia N° 037-94, esta Sala Suprema ha establecido que corresponde el otorgamiento de la bonificación especial a los servidores públicos, que se encuentren en los niveles remunerativos F-1 y F-2 comprendidos en la escala N° 1, al grupo ocupacional de los profesionales comprendidos en la escala N° 7, al grupo ocupacional de los técnicos comprendidos en la escala N° 8, al grupo ocupacional de los auxiliares comprendidos en la escala N° 9 y a los que desempeñen cargos directivos o jefaturales del nivel F-3 a F-8 en la escala N° 11.

Sétimo - Que, dicha bonificación no se debe otorgar a los servidores públicos del Sector Salud, que se encuentran escalafonados y pertenezcan a una escala distinta como es la Escala N° 10; criterio que prevé el Tribunal Constitucional

conforme se aprecia de la sentencia recaída en el Expediente N° 2616-2004-AC/TC de fecha doce de setiembre de dos mil cinco, fundamentos doce y trece que señalan: "(...) **12. Del análisis de las normas mencionadas se desprende que la bonificación del Decreto de Urgencia N.° 037-94 corresponde que se otorgue a los servidores públicos ubicados en los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares, distintos del Sector Salud, en razón de que los servidores administrativos de dicho sector se encuentran escalafonados y pertenecen a una escala distinta, como es la Escala N.° 10. Cabe señalar que a los servidores administrativos del sector Salud, desde el inicio del proceso de aplicación del Sistema Único de Remuneraciones, Bonificaciones y Pensiones de los Servidores del Estado, se les estableció una escala diferenciada. 13. En el caso de los servidores administrativos del sector Educación, así como de otros sectores que no sean del sector Salud, que se encuentren en los grupos ocupacionales de técnicos y auxiliares de la Escala N.°s 8 y 9 del Decreto Supremo N.° 051-91-PCM, por no pertenecer a una escala diferenciada, les corresponde que se les otorgue la bonificación especial del Decreto de Urgencia N.° 037-94 (...)**".

Octavo - Que, esta Sala Suprema en reiterada y uniforme jurisprudencia como la recaída en la Casación N° 7864-2008 CUSCO y Casación N° 838-09 HUANCANELICA, ha establecido que los técnicos y auxiliares del Sector Salud que no se encuentren escalafonados, les corresponde percibir la Bonificación Especial que regula el Decreto de Urgencia N° 037-94.

Noveno - Que, el criterio antes anotado, también es aplicado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 2288-07-PC/TC de fecha veintisiete de noviembre de dos mil siete en los fundamentos ocho y nueve, en los cuales ha establecido lo siguiente: "(...) **8. En tal sentido, de los fundamentos transcritos puede deducirse que el precedente consistente en que a los servidores administrativos del Sector Salud de los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares no les corresponde percibir la bonificación especial otorgada por el Decreto de Urgencia N.° 037-94, se aplica siempre y cuando se encuentren en la Escala N° 10. Pues en caso de que los servidores administrativos del Sector Salud ubicados en los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares no se encuentren**

en la Escala N.º 10 les corresponde percibir la bonificación especial otorgada por el Decreto de Urgencia N.º 037-94 (el subrayado es nuestro). 9.

En el presente caso, con la relación elaborada por la Dirección de Salud Apurímac II, obrante a fojas 2 y 3 del acompañado al cuadernillo de este Tribunal, se acredita que los asociados de la Asociación demandante y beneficiarios de la Resolución Directoral N.º 340-00-DGSRCHA/OP no se encuentran comprendidos en la Escala N.º 10; consecuentemente, se encuentran entre los servidores comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto de Urgencia N.º 037-94, y, por ello, procede que se les otorgue dicha bonificación con la deducción de los montos que se le hayan otorgado en virtud del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM (...); en consecuencia, a los auxiliares y técnicos del Sector Salud que no se encuentren escalafonados, les corresponde percibir la Bonificación Especial prevista en el Decreto de Urgencia N.º 037-94, motivo por el cual advirtiéndose que la sentencia de vista ha incurrido en infracción normativa del artículo 2º del Decreto de Urgencia N.º 037-94, razón por la cual debe declararse fundado el presente recurso de casación.

FALLO:

Por estas consideraciones, y de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el recurrente, Gelacio Camargo Tello, mediante escrito de fecha veintiséis de octubre de dos mil once, que corre de fojas cuatrocientos cuarenta y seis a cuatrocientos cincuenta y cinco; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista contenida en la resolución número nueve de fecha doce de setiembre de dos mil once, que corre de fojas cuatrocientos siete a cuatrocientos diez, que revocó la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda; y, actuando en sede de instancia **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fecha veinticuatro de agosto de dos mil nueve que obra de fojas trescientos cuarenta a trescientos cuarenta y cinco, que declaró fundada la demanda; en consecuencia **ORDENARON** que la entidad demandada emita nueva resolución otorgando la Bonificación Especial regulada por el Decreto de Urgencia N.º 037-94, deduciéndose lo pagado por aplicación del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM, sin costas ni costos; y, **DISPUSIERON** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a Ley; en los

seguidos por la parte demandante Gelacio Camargo Tello contra la entidad demandada Ministerio de Salud, sobre Pago de Bonificación Especial prevista en el Decreto de Urgencia N° 037-94; y los devolvieron.-

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL
TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA**

CASACIÓN N° 11387-2013

LIMA

Recálculo pensión de jubilación

ESPECIAL

Lima, treinta de octubre de dos mil trece.-

VISTOS; con el acompañado y, **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por el demandante, *Limbert León Cruz Morales*, cumple los requisitos de forma previstos en el numeral 3.1, inciso 3) del artículo 35° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 - **Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo**, concordante con el artículo 387 del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; **Segundo:** Que, cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, lo hace en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo, a través del cual, la Corte Suprema va a ejecutar su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncia como vicio o error en el recurso y no va a actuar como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso; **Tercero:** Que, en principio cabe destacar que el recurso de casación procede sólo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, esto es: i) La Infracción normativa y ii) El Apartamiento inmotivado del precedente judicial; **Cuarto:** Que, no obstante lo antes señalado, el recurrente debe además, no haber consentido la resolución adversa de primera instancia, describir con claridad y precisión en qué consiste la infracción normativa o cuál es el precedente judicial del que se aparta; así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada e indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, tal como lo exigen los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364; **Quinto:** Que, en el caso concreto de autos el actor no ha cumplido con señalar la causal o causales que sustenta el recurso de casación

conforme lo dispone el artículo 386 ni con lo dispuesto en el artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364; razón por la que, esta causal debe desestimarse; **Sexto:** Que, la Constitución Política del Estado de 1993 reconoce en su artículo 139 inciso 3), que son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva cabe precisar que no solo comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. CARRIÓN LUGO¹³⁵ en relación al debido proceso dice lo siguiente: El debido proceso como un derecho, *desde el punto de vista estático* supone la presencia de dos condiciones: a) Los órganos judiciales encargados de conocer de los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por Jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas, y b) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, a la motivación, los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de las partes en todas las etapas del proceso. El debido proceso, como un derecho, *desde el punto de vista dinámico* supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias, sino también, de las normas, principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva; **Sétimo:** Que, además el derecho al debido proceso también es reconocido y regulado en: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; para el Perú: Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959), que en su artículo 10 establece: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para

¹³⁵ CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004, V. III, pp. 28-31.

la determinación de sus derechos y obligaciones(...)". En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; para el Perú: aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978), que en su artículo 14 señala: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)". Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; para el Perú: Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978), que en su artículo 8 establece: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)"; **Octavo:** Conforme a lo expuesto, y a lo dispuesto en el artículo 392°-A del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley N° 29364, la Corte Suprema tiene la facultad de conceder excepcionalmente el recurso de casación, si considera que al concederlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículos 384 del citado Código Adjetivo; en tal sentido, en aplicación de dicha excepción, es necesario revisar en este caso concreto, si lo resuelto por la Sala Superior atenta contra uno de los fines del recurso de casación como lo es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Supremo N° 099-02-EF y artículo 4 del Decreto Ley N° 19990. Por estas consideraciones, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, declararon: ***PROCEDENTE*** el recurso de casación interpuesto por el demandante *Limbert León Cruz Morlaes* a fojas ciento treinta y cuatro de fecha cinco de junio de dos mil trece, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número ocho a fojas ciento veintiocho del siete de mayo de dos mil trece; por la siguiente causal: *Infracción normativa del artículo 2 del Decreto*

Supremo N° 099-02-EF y del artículo 4 del Decreto Ley N° 19990; en los seguidos contra la Oficina de Normalización Previsional, sobre recálculo de la pensión de jubilación; **DISPUSIERON** en aplicación de la artículo 16 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, remitir los presentes actuados al Ministerio Público para el correspondiente Dictamen Fiscal, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa.

SENTENCIA

CAS. Nº 1369-2002

AREQUIPA

Lima, doce de noviembre del dos mil tres.-

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, vista la causa en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia:

3. MATERIA DEL RECURSO:

Es materia del recurso de casación interpuesto por el codemandado Banco Santander Central Hispano - Perú, la sentencia de vista de fojas doscientos veinticuatro, su fecha treinta de enero del dos mil dos, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que revocando la sentencia apelada de fojas ciento sesenticinco, su fecha once de mayo del dos mil uno, declara infundada la demanda, y reformándola la declara fundada, en consecuencia, nulos y sin efectos jurídicos las escrituras públicas de constitución de hipoteca y sus ampliatorias, así como nulos los correspondientes asientos registrales.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Mediante resolución de fecha veintisiete de agosto del dos mil dos, se ha declarado procedente el recurso de casación por las causales previstas en los incisos 1o y 2o del artículo 386 del ordenamiento procesal civil, al amparo de las cuales se denuncia: a) la aplicación indebida de los s 219 inciso 1o, 292, 311 inciso 1o y 316 del Código Civil, ya que n forma precisa y detallada se aprecia de la sentencia apelada que los bienes sobre los que se constituyó la hipoteca mediante la escritura pública de fecha diez de febrero de mil novecientos noventa y siete, figuraban como bienes propios del codemandado Rogelio Jesús Tapia Concha, y no de la sociedad conyugal; por consiguiente, independientemente a la fecha del matrimonio, la certeza que da los Registros

Públicos determinan que los bienes materia de litigio eran de exclusiva propiedad del mencionado codemandado, tal como prevé el inciso 1° del artículo 302 del acotado Código Sustantivo, tanto más que recién el veintidós de julio de mil novecientos noventinueve, los esposos codemandados inscribieron en los Registros Públicos una declaración unilateral indicando que las construcciones son conyugales; asimismo, en la escritura pública de compraventa de fecha nueve de marzo del dos mil, celebrada por dichos esposos con el actor, aquellos declararon que el terreno tenía la condición de bien propio a favor de Rogelio Jesús Tapia Concha; b) la inaplicación de los artículos 1097, 1098, 1099, 2013 y 2014 del Código Civil, concordante con el artículo VII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, que recoge el principio de legitimación, según el cual el que inscribe su derecho queda protegido y legitimado en su inscripción, mientras no se declare la nulidad o no se rectifique judicialmente la misma, así como el principio de buena fe registral, a través del cual el derecho real adquirido por el Banco recurrente no puede ser invalidado por causas que no constan en el registro respectivo.

3. **CONSIDERANDOS:**

Primero. Que en principio, se advierte que si bien es cierto en materia de casación no corresponde analizar las cuestiones de hecho, ni las relativas a la valoración de la prueba, sin embargo, es factible el control casatorio tratándose de la infracción de las reglas que regulan la actividad probatoria, así como la de examinar si no se ha emitido una sentencia arbitraria, esto es, resolver una litis sin haberse valorado de manera conjunta las pruebas; que, según la función dikelógica de la casación sólo cabe el reexamen de los hechos de manera excepcional, caso por caso.

Segundo.- Que, evaluando los agravios de aplicación indebida de normas de derecho material, se observa que según la escritura pública de compraventa, su fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochentiséis, corriente a fojas cinco y ocho, el codemandado Rogelio Jesús Tapia Concha adquiere de Margarita Magdalena Flores Camargo, el cincuenta por ciento de un chalet de dos plantas ubicado en la calle Urubamba número doscientos ocho, Yanahuara, Arequipa.

Posteriormente, el citado codemandado contrae matrimonio civil con María Elizabeth Pinto Polar, con fecha siete de enero de mil novecientos ochentiocho.

Tercero.- Que, como pretensión principal se solicita la nulidad de los actos jurídicos contenidos en la escritura pública de constitución de hipoteca, su fecha diez de febrero de mil novecientos noventa y siete, así como sus ampliatorias de fechas veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y siete, ocho de abril de mil novecientos noventa y ocho y otra de esta última fecha, mediante los cuales Rogelio Jesús Tapia Concha, sin intervención de su cónyuge, hipotecó a favor del Banco codemandado diversas secciones del inmueble ubicado en la calle Urubamba número doscientos ocho, distrito de Yanahuara, Arequipa, entre ellas las correspondientes al Departamento tres, sección cinco del cuarto nivel, inscrita en la ficha cuarenticinco cero siete setentiocho del Registro de la Propiedad Inmueble de Arequipa; el garaje número dos (actualmente tienda número dos, sección dos del primer nivel), inscrita en la ficha cuarenticinco cero siete setentiocho del mencionado Registro.

Cuarto.- Que, conforme antes se ha advertido, el emplazado Rogelio Jesús Tapia Concha adquirió el cincuenta por ciento de los derechos y acciones del inmueble antes descrito, que comprende el suelo y un chalet de dos pisos, cuando aquél tenía la calidad de soltero, inmueble que luego fue objeto de división y partición judicial, sin embargo, dentro del matrimonio se han hecho otras edificaciones adicionales, según se corrobora de la escritura pública de pre declaratoria de fábrica de fojas trece y quince vuelta, su fecha dos de octubre de mil novecientos noventa y seis, la misma que con fecha veintiocho de setiembre de mil novecientos noventa y ocho se convierte en definitiva, según la ficha registral de fojas dieciocho; que, asimismo, con fecha veinticuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, en la mencionada ficha, asiento b-tres, se inscribe la ampliación de la fábrica. Igualmente, el Banco recurrente conocía el estado civil de casado de su cliente, conforme se aprecia en la introducción de la escritura pública de constitución de hipoteca, así como consta en las escrituras públicas de ampliación de esa garantía real.

Quinto - Que, por tanto, no se corrobora el error in **iudicando** consistente en la aplicación indebida del inciso 1° del artículo 219, así como el artículo 292, inciso 1o del artículo 311 y el artículo 315 del Código Civil, pues los inmuebles sub litis

han sido edificados dentro del matrimonio de los codemandados Rogelio Jesús Tapia Concha y María Elizabeth Pinto Polar. Por tanto, para gravar dichos bienes se requería del consentimiento de ambos cónyuges, máxime que sobre las edificaciones no se ha podido enervar la presunción que todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario.

Sexto - Que, sólo a modo complementario e ilustrativo, la última parte del artículo 310° del Código Civil prescribe que también tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges. La doctrina precisa que la "construcción de un edificio con el caudal social tiene como efecto el cambio de la titularidad del inmueble en su conjunto; no solo lo edificado es de la sociedad de gananciales sino también el suelo convirtiéndose inmediatamente ambos en bien común" (Código Civil Comentado por los cien mejores especialistas, Tomo II, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, dos mil tres, página trescientos cincuenta).

Sétimo.- Que examinando los supuestos de inaplicación de los artículos 1097, 1098, 1099, 2013 y 2014 del Código Civil, concordante con el artículo VII del Título Preliminar del Reglamento de los Registros Públicos, se concluye que la aplicación de estos preceptos legales no variaría el sentido de la recurrida, pues conforme se ha examinado precedentemente, el Banco demandado no ha demostrado que los inmuebles sub litis sean bienes propios de su cliente, pues cuando se suscribió la escritura pública que contiene la hipoteca y sus ampliatorias consta el estado civil de casado de éste; que, además las edificaciones de los inmuebles en controversia se han realizado dentro del matrimonio. En suma, la recurrida se ajusta a lo actuado y al derecho.

Octavo- Por último, si bien es cierto, se declara la nulidad de las escrituras públicas que contienen las garantías hipotecarias y la nulidad de los correspondientes asientos registrales sub litis, obviamente, por los efectos objetivos de la cosa juzgada, quedan subsistentes las obligaciones que fueran exigibles.

4. **DECISIÓN**:

Estando a las conclusiones precedentes y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil:

- a) Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas doscientos treintiocho, interpuesto por el Banco Santander Central Hispano - Perú; en consecuencia, decidieron **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas doscientos veinticuatro, su fecha treinta de enero del dos mil dos, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.
- b) **CONDENARON** a la entidad bancaria recurrente a la multa de una Unidad de Referencia Procesal, así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso.
- c) **DISPUSIERON** la publicación de esta resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por don Néstor Olger Ponce de León Cruz, sobre nulidad de acto jurídico y otros conceptos; y los devolvieron.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALSINA, Hugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar, 1961, 2da. Edición, Tomo V.
2. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Niceto. *Estudios Diversos de Derecho Procesal. Perspectivas de la Casación*. Biblioteca Procesal. Librería Bosch. Barcelona, 1987.
3. ALLORIO, Enrico. *Problemas de derecho procesal*, tomo H, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1963.
4. ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso*. 6ta. Ed., Lima, 1975.
5. ARIANO DEHO, Eugenia. "Nota a primera lectura sobre la reforma del recurso de casación civil (y sobre la reducción de las competencias de la Corte Suprema". En: Actualidad Jurídica. T. 187. Gaceta Jurídica, Lima, junio 2009.
6. BARASSI, Lodovico. *Instituciones de Derecho Civil*, traducido por Ramón GARCÍA DE HARO Y GOYTISOLO y Mario FALCÓN CARRERAS, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1955.
7. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El Derecho fundamental a probar y su contenido esencial*. En: Derecho Procesal Civil Estudios. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, 2009.
8. CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945; T. I y II. Bosquejo General del Instituto.
9. CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, T.I.
10. CALAMANDREI, Piero. *La casación civil (Bosquejo general del instituto)*. Vol. 3. Tomo II. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Oxford University Press, México D.F., 2000.
11. CALDERON PUERTAS, Carlos. *Los Fines de la Casación*. en: Revista Instituto Peruano de Estudios Forenses, Año III Nro. 6; Lima.

12. CARRION LUGO, Jorge. *La casación en el ordenamiento procesal civil peruano*. En ponencias del I Congreso de Derecho Procesal, pág. 229. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996.
13. CARRIÓN LUGO, Jorge. *El recurso de casación en el Perú*. Entrevista publicada en el diario oficial El Peruano. Sec. B, p. 9, Lima, 1996.
14. CARRION LUGO, Jorge. *El Recurso de Casación en el Perú*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, Vol. I, 2003.
15. CARNEVALI, Ugo. *Appunti di Diritto privato*, quarta edizione, ed. Librería Cortina, Milano, 1989.
16. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Editorial Reus. Barcelona, 1971. Tomo I, Vol. II.
17. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de derecho procesal civil*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1987.
18. CHIOVENDA, José. *Ensayos de derecho procesal civil*, tomo II, ed. Ejea, Buenos Aires, 1949.
19. DE LA PLAZA, Manuel. *La Casación Civil*, Monografías Prácticas de Derecho Español, Serie J. Vol. VII, 1944.
20. DE LA RÚA, Fernando. *El Recurso de Casación. En el Derecho Positivo Argentino*. Víctor P. de Zavalía- Editor, Buenos Aires, 1968.
21. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 3ª ed, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1974, T.I.
22. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de las pruebas judiciales*, tomo I.
23. DIAZ, Clemente. *Instituciones de Derecho Procesal*, tomo I, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.
24. DONGO DENEGRI, Luis. *La Casación Civil*. Marsol Perú Editores, Lima, 1996.
25. FAIREN GUILLEN, Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal*. Librería Bosch, Barcelona, 1990.
26. FENOCHIETTO, Carlos E. - ARAZI, Roland. *Código procesal civil y comercial de la Nación*, tomo 2, ed. Astrea, Buenos Aires, 1983.
27. FLORES POLO, Pedro. *Diccionario de Términos Jurídicos*. Editores Importadores S.A., Lima, T.I., 1984.

28. GUASCH FERNANDEZ, Sergi. *El Hecho y El Derecho en la Casación Civil*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1998.
29. GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.
30. GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *El recurso de casación civil (control de hecho y de derecho)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
31. GUERRA CERRÓN, J. María Elena. “Casación: ¿se privilegia la aplicación del Derecho o la búsqueda de la justicia?”. En: Actualidad Jurídica. T. 187. Gaceta Jurídica, Lima, junio 2009, pp. 30-31.
32. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Medios Impugnatorios en el Proceso Civil*. Gaceta Jurídica Editores. Lima. 1999.
33. HITTERS, Juan Carlos. *Técnicas de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*. Librería Editorial Platense SRL., La Plata, 1991.
34. HITTERS, Juan Carlos. *La Casación civil en Alemania. Sus rasgos Definidores*. En: Juris, Arg. 1982. Vol. II. pp. 762 y ss.
35. HURTADO REYES, Martín. *La Casación Civil. Una aproximación al control de los hechos*. Editorial Moreno S.A., Lima, 2012.
36. KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, 14ª Edición, Eudeba, Buenos Aires, 1976.
37. KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Ediciones “Wisla”. Lima.
38. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. T. II. Gaceta Jurídica, 1ª edición, Lima, 2008.
39. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto Jurídico*. Gaceta Jurídica. Lima, 1997.
40. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Editorial Grijley. Lima, 1994.
41. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado*. En: HURTADO REYES, Martín. *La Casación Civil. Una aproximación al control de los hechos*. Editorial Moreno S.A., Lima, 2012.
42. LOZA PINTADO, Eduardo. *La casación en el proceso civil*. Quito, 1990.
43. MARCHESI QUINTANA, Bruno. *La Casación Civil*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. T. I, Lima, 1997.
44. MESSITTE, Peter J. *El Recurso de Certiorai, o de Revisar, Decidir cuáles casos examinar*. En Conferencia Internacional. El Recurso de Certiorari en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

- Organizado por el Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Constitucionales, Lima, febrero 2006.
45. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducido por Santiago Sentis Melendo, Tomo II, EJE, Buenos Aires, 1979.
 46. MIXÁN MASS, Florencio. *Lógica jurídica*. Marsol Perú Editores, Trujillo, 1992.
 47. MONROY GALVEZ, Juan. "Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil". En: *Ius et Veritas*, N° 5, Lima, 1992.
 48. MONROY GÁLVEZ, Juan. "Apuntes sobre el 'nuevo' recurso de casación civil". En: <http://derechoyproceso.blogspot.com/2009/07/apuntes-sobre-el-nuevo-recurso-de.html>
 49. MONROY PALACIOS, Juan. "Ley N° 29364 (Casación civil): una reforma lamentable". En: <http://derechoyproceso.blogspot.com/2009/05/ley-n-29364-casacion-civil-una-reforma.html>
 50. MONTERO AROCA, Juan - ORTELLS RAMOS, Manuel - GOMEZ COLOMER, Juan Luis. *Derecho Jurisdiccional*, tomo I, ed. Bosch, Barcelona, 1989.
 51. MORELLO, Augusto M. *La Casación Un Modelo Intermedio Eficiente*. Librería Editorial Platense S.R.L. – Abeledo Perrot, 1983, Buenos Aires Argentina.
 52. MORELLO, Augusto M. *El Recurso Extraordinario*. Librería Editora Platense S.R.L. - Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1987.
 53. MORÓN PALOMINO, Manuel. *La Nueva Casación Civil. Constitución y Leyes*. Colex Editor, 2001.
 54. MUÑOZ SABATE, Luis. *Introducción a una semiótica probática (ciencia de los indicios)*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1980-1.
 55. NIEVA FENOLL, Jorge. *El hecho y el Derecho en la casación penal*. José M^a. Bosch Editorial, Barcelona, 2000.
 56. NIEVA FENOLL, Jorge. *El Recurso de Casación Civil*. Editorial Ariel S.A., España, 2003.
 57. OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Harla, México, 1982.
 58. PALACIO, Lino E. *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.

59. PIETRO CASTRO, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*.
60. PRIORI POSADA, Giovanni F. *Comentarios a La Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Ara Editores E.I.R.L., Lima, 2009.
61. QUIROGA LEÓN, Aníbal. *La Casación Civil: mito y realidad*. En: Derecho (PUCP), N° 52 (dic. 1998- abr. 1999), Lima.
62. RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *Casación o Recurso de Nulidad?*. En Análisis del Código Procesal Civil. T. I, p. 229. Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1994.
63. REALE, Miguel. *Teoría Tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1997.
64. REAÑO AZPILCUETA, Rafael. *La Casación*. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1998.
65. ROCCO UGO. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Temis y Depalma, Bogotá y Buenos Aires, 1981.
66. SÁNCHEZ PALACIOS-PAIVA, Manuel. *El recurso de casación civil*. Lima, Cultural Cuzco, 1999.
67. SANFOURCHE-LAPORTE. *Manuel de cassation*; SCHEYVEN, *Traité pratique pourvois en cassation*; HARRASOWSKY, *Rechtsmittel*.
68. SAGÜES, Nestor P.. *Recurso Extraordinario*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1984. T.II.
69. SENTIS MELENDO, Santiago. *La Prueba*. EJEa, Buenos Aires, 1978.
70. SILVA VALLEJO, José Antonio. *El Derecho Procesal en la Edad Media*. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1998.
71. SILVA VALLEJO, José Antonio. *La Ciencia del Derecho Procesal*. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L, Lima, 2014.
72. STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Obra traducida al español por DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
73. TARAMONA HERNÁNDEZ, José. *Teoría General de la Prueba Civil*. Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, 1998.
74. TARUFFO, Michel. *El Vértice Ambiguo. Ensayos sobre la Casación Civil*. Traducción de Juan F. Monroy Gálvez y Juan J. Monroy Palacios. Palestra Editores S.A.C., Lima, 1ª Edición 2005.

75. TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. *El Nuevo Recurso de Casación Civil*. Gaceta Jurídica S.A., Imprenta Editorial el Buho E.I.R.L., Lima, 1^{ra} Edición 2010.
76. TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Editorial Moreno S. A..Cuarta edición. Lima, 2012.
77. VALVERDE GONZÁLES, Enrique. “*Nuestro recurso de casación civil a la luz de la última reforma legislativa*”. En: Revista Jurídica del Perú. T. 103. Normas Legales, Lima, setiembre 2009, pp. 314-315.
78. VELÁSQUEZ NIÑO, Jorge y SÁNCHEZ HERRADA, Esiquio Manuel, *Casación. Revisión y tutela en materia penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1995.
79. VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, tomo I, ed. Lerner, Buenos Aires, 1969.
80. VÉSCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1988.
81. VIALE SALAZAR, Fausto. *Recurso de casación: Conveniente acerca de la implantación del certiorari*. Ponencia presentada en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal, organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universitaria Católica del Perú (7 al 9 de agosto de 1996), Editora Normas Legales, 1996.
82. VILLALOBOS CABALLERO, Andrés. *La Casación en el Código Procesal Civil de 1993*. Reditorial Imprenta SRL, Lima, 1996.
83. ZELA VILLEGAS, Aldo. *Comentarios a las recientes modificaciones al Código Procesal Civil*. En: Actualidad Jurídica. T. 187. Gaceta Jurídica, Lima, Junio 2009.